

Daniel Andrade Fonseca

**COMANDO E CONTROLE *VERSUS* REGULAÇÃO RESPONSIVA NO SETOR
DE TELECOMUNICAÇÕES**

Brasília – DF

Abril/2019

COMANDO E CONTROLE *VERSUS* REGULAÇÃO RESPONSIVA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado como parte dos requisitos para obtenção do grau de Especialista em Governança e Controle da Regulação em Infraestrutura.

Aluno: Daniel Andrade Fonseca

Orientador: Prof. Dr. Bruno Eustáquio Ferreira Castro de Carvalho

**Brasília
Abril/2019**

COMANDO E CONTROLE *VERSUS* REGULAÇÃO RESPONSIVA NO SETOR DE TELECOMUNICAÇÕES

Daniel Andrade Fonseca

E-mail: daniel.danielandrade@gmail.com

Resumo

Cuida o presente trabalho de uma avaliação do modelo de regulação baseado em comando e controle e do modelo de regulação responsiva, aplicados ao setor de telecomunicações. O referido trabalho foi elaborado com o intuito de realizar um diagnóstico das principais ineficiências do modelo vigente e direcionar tais achados ao modelo de regulação responsiva. Como resultado da análise foi identificado que o modelo de comando e controle padece das seguintes falhas: intempestividade e baixa eficácia das sanções pecuniárias, crescimento constante dos custos regulatórios para a realização do acompanhamento e fiscalização das obrigações, o descasamento da aplicação dos recursos de fiscalização frente às principais causas de reclamações dos usuários dos serviços. Por outro lado, foram identificadas iniciativas isoladas adotadas pela Anatel, inspiradas nos princípios do modelo de regulação responsiva, que apresentaram resultados efetivos, quais sejam, o uso de medidas cautelares e a publicação de *ranking* de desempenho das operadoras. Dessa forma, o presente trabalho, a partir do diagnóstico realizado em relação ao atual modelo, e ainda, considerando os riscos identificados em relação à implementação do modelo de regulação responsiva, tem por objetivo contribuir com a formulação de novas práticas regulatórias no setor de telecomunicações.

Palavras-chave: regulação responsiva; comando e controle; ANATEL; telecomunicações.

Abstract

This study an assessment of the regulation model based on command and control and responsive regulation model, applied to the telecommunications industry. This work was prepared with the intention of carrying out a diagnosis of the main inefficiencies of the current model and direct such findings to the responsive regulation model. As a result of the analysis was identified as the command and control model suffers from the following faults: timelessness and low effectiveness of financial penalties, steady growth of regulatory costs for the conduct of monitoring and supervision of the obligations, the mismatching of the application of supervisory resources against the main causes of complaints from users of the services. On the other hand, have been identified isolated initiatives adopted by Anatel, inspired by the principles of responsive regulation model, which had effective results, namely, the use of precautionary measures and the publication of performance ranking carriers. Thus, the present work aims to contribute to the formulation of new regulatory practices in the telecommunications industry, from the diagnosis carried out in relation to the current model, and yet, considering the risks identified in relation to the implementation of responsive regulation model.

Key words: responsive regulation; command and control regulation; ANATEL; telecommunications.

1. INTRODUÇÃO

A Agência Nacional de Telecomunicações – ANATEL foi criada em 1997 como resultado da política pública em vigor que buscava a diminuição do tamanho do Estado. Para tanto, o Estado deveria retirar de seus ombros um grande grupo de empresas públicas que, à época, padeciam dos clássicos males afetos à Administração Pública: morosidade, burocratização de procedimentos, dificuldade de investimentos, dentre outros.

O primeiro passo foi alterar a Constituição Federal de 1988 para que nela houvesse previsão expressa de que os serviços de telecomunicações poderiam ser prestados diretamente pelo Estado ou por entes privados, mediante concessão, permissão ou autorização.

Na sequência foi editada a Lei n. 9.295/1996, também conhecida como Lei Mínima, como regra de transição entre o modelo em vigor e o novo modelo almejado.

Por fim, foi editada a Lei nº 9.472/1997, denominada como Lei Geral de Telecomunicações – LGT. Tal norma estabeleceu todo o rito de desestatização dos serviços de telecomunicações, onde, num primeiro momento, foram expedidas outorgas de Concessão a todas as empresas do grupo Telebrás (as teles estatais que tiveram o monopólio do serviço de telecomunicações entre as décadas de 1960 e 1990). A partir de então, as empresas, de abrangência estadual, foram agrupadas em regiões, segundo o Decreto n. 2.534/1998 denominado Plano Geral de Outorgas – PGO.

Assim, os grupos de empresas correspondentes a uma determinada região foram levados a leilão e o controle societário da União foi vendido à iniciativa privada.

A partir de então foram estabelecidos parâmetros direcionados à universalização do serviço, à livre competição, à liberdade tarifária, à obrigação de continuidade e à qualidade do serviço.

O modelo mostrou-se exitoso, pois o Brasil que possuía pouco mais de 13,4 linhas instaladas¹ para cada 100 habitantes ao final de 1998 (HERRERA, 2001), passados 21 anos da

¹ Em 1998 o Brasil contava com 17 milhões de linhas fixas e 4,6 milhões de linhas móveis. Hoje, há 235,5 milhões de linhas de celular ativas (mais que os 208,5 milhões de brasileiros) e 40,8 milhões de linhas de telefonia fixa. (Fonte: Anatel).

privatização, conta com 112 linhas ativas para cada 100 habitantes, somente no Serviço Móvel Pessoal - SMP².

A curva de crescimento da quantidade de acessos, tanto do serviço móvel quanto do serviço fixo, descreveu uma trajetória acima de qualquer otimismo que tivesse sido aventado à época das privatizações.

O problema é que proporcionalmente ao aumento da quantidade de acessos, cresceu também a quantidade de reclamações dos usuários dos serviços.

Entre os anos de 2012 e 2017 a quantidade de reclamações registradas no *call center* da Anatel teve um aumento aproximado de 43%. Importante destacar que foram registradas 2,3 milhões de reclamações em 2012 e 3,4 milhões de reclamação em 2017.³

Por outro lado, identificamos que entre os anos de 2011 e 2014 a Anatel já havia aplicado, de forma definitiva⁴, mais de R\$ 2 bilhões em multas contra as operadoras. Atualmente, o total de multas aplicadas, mas com processos ainda em curso, representa um total superior a R\$ 8 bilhões de reais.

Contudo, no mesmo período analisado, foram recolhidos aos cofres públicos pouco mais de R\$ 100 milhões pelas empresas.⁵

Num primeiro momento, é possível inferir que o processo ordinário executado pela Anatel, qual seja, acompanhamento, controle, fiscalização e sancionamento (multa) não tem demonstrado eficácia, uma vez que não tem sido capaz de alterar a percepção dos consumidores quanto à qualidade dos serviços prestados pelas operadoras dos serviços de telecomunicações, e mais, não tem apresentado a capacidade de alterar a conduta dos agentes regulados.

Ante tal cenário, especialmente em razão do aumento do número de reclamações dos consumidores na própria Agência e nos Procons, do aumento do número de ações civis públicas ajuizadas, do aumento do número de indicadores descumpridos pelas operadoras, a Anatel

² Se somados os usuários de cada um dos serviços disponíveis (STFC, SMP, SCM, SeAC) chega-se a um total de 323,4 milhões de acessos. (Fonte: Anatel).

³ Importante destacar que a análise do quantitativo de reclamações, ano a ano, demonstra que houve um pico de mais de 4 milhões de reclamações em 2015. A partir de então, o número tem apresentado quedas constantes nos anos subsequentes.

⁴ Considera-se definitiva a multa quando não mais é possível a discussão na esfera administrativa e, portanto, apresenta todas as características que a habilitam à inscrição em Dívida Ativa.

⁵ Deve-se ressaltar que no ano de 2018, em razão de decisão judicial transitada em julgado, o Grupo VIVO pagou um total em multas de R\$ 1,5 bilhão.

decidiu, em 2012, expedir medidas cautelares em desfavor das operadoras do Serviço Móvel Pessoal – SMP suspendendo a venda e ativação de chips até que fosse apresentado por elas um plano para enfrentar os problemas de qualidade.

A partir de então a Anatel, paralelamente ao acompanhamento ordinário, baseado nos regulamentos vigentes, passou a realizar, também, o acompanhamento dos Planos de Melhoria apresentados pelas empresas.

Tais planos consistiram na imposição de obrigações comissivas e omissivas que fossem capazes de fazer frente às principais reclamações recebidas no *Call Center* da Agência.

O plano inicial foi apresentado à Anatel em 2012 e acompanhado até 2015. A partir de então, foi editada nova determinação às empresas para que apresentassem novo plano, pautado em obrigações distintas das anteriores e focado, principalmente, na melhoria da cobertura e qualidade da rede⁶.

Tal acompanhamento, ao longo dos anos de 2015 e 2016 mostrou resultado positivo, na medida em que a quantidade de municípios cujos indicadores superavam a meta prevista nos Despachos Decisórios caiu de 1.323 no início de 2015 para 516 no final de 2016.

A partir dessa análise empírica, têm surgido discussões, algumas recentes e outras nem tanto, que buscam mecanismos diferentes que sejam capazes de conformar a conduta dos entes regulados.

Como iniciativa, vemos na própria Anatel a proposta de Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações – RQUAL, submetida à consulta pública no final de 2017, que tem como um dos seus princípios orientadores a “atuação de forma responsiva”. Ressalta-se que no corpo do documento são previstas ações de cunho ‘responsivo’ que concretamente se afastam do modelo tradicional de comando e controle.

No mesmo sentido, também existe iniciativa voltada à revisão do próprio modelo de atuação da ação fiscalizatória da Anatel, denominada Fiscalização Regulatória. Tal proposta

⁶ Os Despachos Decisórios proferidos pela Anatel previram: (...) *Determinar (operadora) que adote as ações necessárias para que nenhum município alcance resultados abaixo de 85% para os indicadores de Acesso à Rede de Voz ou de Dados (2G, 3G e 4G), ou acima de 5% para os indicadores de Queda das Redes de Voz ou de Dados (2G, 3G e 4G), na média simples trimestral, à partir: (a) de 6 meses para os municípios atendidos exclusivamente pela empresa referenciada; (b) de 9 meses para os municípios atendidos pela operadora referenciada e mais uma operadora; (c) de 15 meses para todos os demais municípios atendidos pela empresa, independentemente da quantidade de operadoras que atendem o município.*” Fonte: Processo nº 53500.015735/2012.

busca sedimentar os alicerces de identificação e adoção de medidas corretivas orientadas ao viés responsivo.

Podemos mencionar, também, iniciativas diversas, tais como a que fora defendida por servidores da Agência Nacional de Energia Elétrica – ANEEL, durante o IX Congresso Brasileiro de Regulação, onde apresentaram o conceito de “Fiscalização em 3 níveis”. (HIRATA, 2015)

A tese defendida no documento é a de que a fiscalização do ente regulador deverá ser compatível com o risco decorrente da suposta irregularidade detectada. Assim, comportamentos inadequados caracterizados como de menor risco exigiriam uma atuação Estatal mais branda, baseada em monitorar, instruir e assistir. Já para os casos de alto risco a atuação do Estado se pautaria pelo caráter cogente e rigoroso.

Verifica-se, portanto, que existem discussões acerca do tema, especialmente frente à reconhecida ineficácia das medidas coercitivas baseadas em sanção pecuniária contra os entes regulados.

Dessa forma, o presente trabalho se presta a avaliar o modelo conhecido como “regulação responsiva” frente ao arcabouço jurídico pátrio, especialmente no caso da Anatel.

Para tanto, será apresentado o modelo teórico da “regulação responsiva” e a partir dele será realizado o cotejo com as normas aplicáveis, com o intuito de identificar consensos e dissensos.

Serão também avaliados os resultados do modelo de regulação baseado em comando e controle, atualmente vigente na Anatel, e as perspectivas da aplicação do modelo de “regulação responsiva” frente a esses mesmos problemas. Assim, serão considerados na análise o quantitativo de multas aplicadas e arrecadadas, a reincidência específica dos entes regulados ante os regulamentos, o índice de reclamação dos consumidores recebidos no *call center* da Anatel e em outros relevantes (e.g. Procons), os resultados alcançados com as medidas as sanções mandamentais e provimentos cautelares.

Ato contínuo, serão analisadas as propostas de regulamentos atualmente em curso na Anatel com viés responsivo e, a partir dele, serão apresentadas medidas de aprimoramento no modelo teórico visando agregar contribuições para a construção do modelo.

Como conclusão, será demonstrada a ineficácia do modelo de regulação baseado em comando e controle a necessidade do estabelecimento de medidas diferenciadas que demonstrem capacidade de conformar a conduta dos agentes regulados e alterar positivamente a percepção de qualidade dos consumidores.

2. CONCEITOS GERAIS E REVISÃO DA LITERATURA

A Lei Geral de Telecomunicações – LGT (Lei nº 9.472/1997), trouxe em seu Título VI – Das Sanções –, o Capítulo I denominado “Das Sanções Administrativas”. O Art. 173, ao descrever a possibilidade da aplicação da sanção, estabelece:

Art. 173. A infração desta Lei ou das demais normas aplicáveis, bem como a inobservância dos deveres decorrentes dos contratos de concessão ou dos atos de permissão, autorização de serviço ou autorização de uso de radiofrequência, sujeitará os infratores às seguintes sanções, aplicáveis pela Agência, sem prejuízo das de natureza civil e penal:

I - advertência;

II - multa;

III - suspensão temporária;

IV - caducidade;

V - declaração de inidoneidade.

Verifica-se, de pronto, que o modelo adotado pela Lei foi baseado no estabelecimento de obrigações (fazer e não fazer) e, em havendo transgressão às regras, aplica-se uma das sanções constantes do rol acima mencionado.

Tal modelo, portanto, configura-se como de comando e controle, ou seja, modelo por meio do qual o Estado tem a prerrogativa de impor sanções aos administrados em razão do descumprimento de uma norma previamente estabelecida.

O modelo extrai sua legitimidade de atuação do exercício do poder de polícia administrativo, cujo conceito se afigura como “*a atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral*”

e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação ora fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção ('non facere') a fim de conforma-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo.”(MELLO, 2012)

Dessa forma, constituído o arcabouço normativo no qual deverão ser conformadas as condutas dos agentes privados por ela alcançados, nascem, conseqüentemente, para o Estado, dois poderes-deveres, qual seja, o de verificar a conduta dos entes regulados, a fim de identificar desvios ao arcabouço normativo e, ato contínuo, caso sejam identificadas irregularidades, também conhecidas como “infrações administrativas”, nasce o dever de impor sanção, nos termos e limites definidos em lei e em regulamentos sobre a matéria.

Infração administrativa, segundo a doutrina, *“é o descumprimento voluntário de uma norma administrativa para o qual se prevê sanção cuja imposição é decidida por uma autoridade no exercício de função administrativa – ainda que não necessariamente aplicada nesta esfera.”(MELLO, 2012)*

Configurada a infração, impõe-se sanção administrativa, esta tida como uma *“providência gravosa prevista em caso de incursão de alguém em uma infração administrativa cuja imposição é da alçada da própria Administração. Isto não significa, entretanto, que a aplicação da sanção, isto é, sua concreta efetivação, possa sempre se efetuar por obra da própria Administração. Com efeito, em muitos casos, se não for espontaneamente atendida, será necessário recorrer à via judicial para efetivá-la, como ocorre, por exemplo, com uma multa, a qual, se não for paga, só poderá ser judicialmente cobrada”.* (MELLO, 2012)

Importante destacar, como já mencionado acima, que a imposição de sanção pelo Estado tem a finalidade precípua de corrigir uma situação irregular e, mais ainda, ‘educar’ os entes regulados a não mais incorrerem em tal irregularidade, sob pena de sofrerem as mesmas consequências.

A doutrina pátria sedimentou as finalidades das sanções, senão vejamos:

“Evidentemente, a razão pela qual a lei qualifica certos comportamentos como infrações administrativas, e prevê sanções para quem nelas incorra, é a de desestimular a prática daquelas condutas censuradas ou constranger ao cumprimento das obrigatórias. Assim, o objetivo da composição das figuras infracionais e da correlata penalização é

intimidar eventuais infratores, para que não pratiquem os comportamentos proibidos ou para induzir os administrados a atuarem na conformidade de regra que lhes demanda comportamento positivo. Logo, quando uma sanção é prevista e ao depois aplicada, o que se pretende com isto é tanto despertar em quem a sofreu um estímulo para que não reincida, quanto cumprir uma função exemplar para a sociedade.

Não se trata, portanto, de causar uma aflição, um ‘mal’, objetivando castigar o sujeito, leva-lo à expiação pela nocividade de sua conduta. O Direito tem como finalidade unicamente a disciplina da vida social, a conveniente organização dela, para o bom convívio de todos e bom sucesso do todo social, nisto se esgotando seu objeto. Donde, não entram em pauta intentos de ‘represália’, de castigo, de purgação moral a quem agiu indevidamente. É claro que também não se trata, quando em pauta sanções pecuniárias – caso das multas -, de captar proveitos econômicos para o Poder Público, questão radicalmente estranha à natureza das infrações e, conseqüentemente, das sanções administrativas.”(MELLO, 2012)

Contudo, especialmente em razão de dispositivo oriundo da nossa Constituição Federal, nenhuma medida impositiva de sanção poderá ser praticada sem que se observe, necessariamente, o devido processo legal (mesmo que em caráter simplificado para cada caso concreto) com o estabelecimento de garantias ao contraditório e à ampla defesa.

Nesse sentido, o exercício do Poder de Polícia Administrativo deve observar, necessariamente, o rito procedimental estabelecido em lei ou em Resoluções exaradas pela Agência. A própria LGT prevê em seu art. 175 que nenhuma sanção será aplicada sem a oportunidade de prévia e ampla defesa.

Tal fato, apesar de garantir aos entes privados garantias constitucionais inerentes ao devido processo legal, pode gerar, no limite, uma demora demasiada na solução do conflito refletindo, inclusive, na própria eficácia da sanção imposta.

Assim, deve haver um equilíbrio entre a prerrogativa Estatal de impor sanção e a garantia constitucional de observância do devido processo legal, ou seja, impõe-se um *trade off*, sendo este um equilíbrio alcançado entre duas características desejáveis, mas incompatíveis.

Visando alcançar a efetividade necessária ao processo, foram definidas medidas específicas que, diferentemente da sanção final oriunda do julgamento definitivo do processo, têm características de impor gravames aos interessados antes mesmo do transcurso seu transcurso final, conforme segue:

- Medidas de polícia: providências administrativas que, embora não representando punição direta, decorrem do cometimento de infração ou do risco que esta seja praticada. (CARVALHO FILHO, 2010)
- Sanções mandamentais: aquelas que resultam de uma ordem emanada de autoridade administrativa no sentido de que o sancionado faça ou deixe de fazer alguma coisa. (CARVALHO FILHO, 2010)
- Provimentos Cautelares: representam uma conciliação entre duas exigências geralmente contrastantes na Justiça, ou seja, a da celeridade e a da ponderação; entre fazer logo, porém mal e fazer bem, mas tardiamente, os provimentos cautelares visam, sobretudo a fazer logo, deixando que o problema do bem e do mal, isto é, da justiça intrínseca do provimento, seja resolvido mais tarde, com a necessária ponderação, nas sossegadas formas do processo ordinário. (DINAMARCO, 2001)

Frequentes vezes, a infração administrativa, por suas características de gravidade e perigo aos interesses públicos, exige a adoção de providências imediatas, voltadas a impedir sua continuidade. Figure-se o comerciante suspeito de usar seu estabelecimento para o tráfico de drogas: é imperioso impedir desde logo suas atividades, evitando o prosseguimento das práticas ilícitas. Contudo, a sanção de interdição do estabelecimento depende de procedimento em que, ademais de se comprovar a infração, seja garantido o direito de defesa, com todos os seus desdobramentos, demandando prazo relativamente longo. A solução para, nessas hipóteses, evitar o perigo, não é – como supõem certos administradores – aplicar imediatamente a sanção, lançando ao punido o ônus de desconstituir o ato sancionador. Aceita-se apenas a interdição cautelar, até a conclusão do procedimento. Tal medida não é sancionadora, mas acauteladora, o que, se por um lado dispensa o procedimento para garantia do direito de defesa, por outro impede a imposição de gravames desnecessários à cessação do perigo, bem como implica em que, constatada posteriormente a falsidade da imputação, sejam cabalmente indenizados os prejuízos causados pela aplicação da medida. (SUNDFELD, 2003)

Ou seja, o direito moderno há muito deixou de preocupar-se apenas com os instrumentos de tutela repressiva, ou seja, aquela que se caracteriza após a lesão ao direito. Em tempos atuais, cresce gradativamente de importância a tutela preventiva ou cautelar, como meio de impedir que, ante evidente ameaça, seja consumada a lesão ao direito do titular. Como bem demonstra a expressão, essa forma de tutela visa a prevenir a ocorrência do ato ou da conduta lesiva. (CARVALHO FILHO, 2009)

O Professor Celso Antônio B. de Mello ensina que se deve discernir sanções administrativas de providências administrativas acautelatórias, que muitas vezes poderiam ser com elas facilmente confundidas. Importa – e muito – fazer tal disceptação porque, como não se submetem à integralidade dos aludidos princípios, se fossem confundidas com as sanções administrativas causariam a impressão de que não se poderia falar em um regime uniforme para estas últimas. Providências administrativas acautelatórias são medidas que a Administração muitas vezes necessita adotar de imediato para prevenir danos sérios ao interesse público ou à boa ordem administrativa e cuja finalidade não é – como a das sanções – intimidar eventuais infratores para que não incorram em conduta ou omissão indesejada, mas diferentemente, é a de paralisar comportamentos de efeitos danosos ou de abortar a possibilidade de que se desencadeiem. [...] Quase sempre tais providências precedem sanções administrativas, mas com elas não se confundem. Assim, *e.g.*, a provisória apreensão de medicamentos ou alimentos presumivelmente impróprios para o consumo da população, a expulsão de um aluno que esteja a se comportar inconvenientemente em sala de aula, a interdição de um estabelecimento perigosamente poluidor, quando a medida tenha que ser tomada sem delonga alguma, são medidas acautelatórias e só se converterão em sanções depois de oferecida oportunidade de defesa para os presumidos infratores. Como se vê, em certos casos, a postura da providência acautelatória é prestante também para cumprir a função de sanção administrativa, mas só assumirá tal caráter, quando for o caso, após a conclusão de um processo regular, conforme dito. (MELLO, 2012)

Nesse mesmo sentido, Fábio Medina defende que “há medidas coativas, que podem ser adotadas pela Administração Pública ou por outros Poderes Públicos na aplicação das leis, que não constituem sanções administrativas, embora causem sofrimento e efeitos aflitivos na esfera pessoal do agente atingido, assemelhando-se, inclusive às sanções previstas no ordenamento jurídico. Diga-se que tal realidade não é privativa do Direito Administrativo sancionador, porquanto diz respeito ao Direito Punitivo como um todo, alcançando o Direito Penal, onde até mesmo as penas privativas de liberdade – vale dizer, as privações de liberdade – podem ser

antecipadas, por motivos ligados à proteção cautelar de direitos da coletividade. O certo é que as medidas coativas ostentam um elemento teleológico distinto, diferente daquele que caracteriza as sanções administrativas, e, portanto, não estão sujeitas aos mesmos princípios. As chamadas medidas preventivas podem ser compreendidas nesse âmbito. Tais medidas são adotadas antes de ser produzidos determinados perigos. O objetivo é, justamente, evitar a ocorrência de determinados fatos, impedir que se consuma uma violação da ordem jurídica, considerando que há uma antecipação da ilicitude da conduta, a partir de presunções cautelares, para estancar seu prosseguimento, evitando que culminasse numa agressão maior e mais intensa ao ordenamento jurídico. As sanções administrativas, ao contrário, são consequência do cometimento de uma infração administrativa, constituindo uma repressão, uma resposta cabal a um fato ilícito, não apenas cautelar e provisório. O pressuposto é, nessa seara, a realização de um comportamento proibido, representando, enfim, um *posterius* em relação às medidas cautelares pertinentes, ao passo que no campo das medidas preventivas outro é pressuposto, dado que inexistente pretensão de uma resposta cabal a um fato ilícito, mas apenas de uma proteção provisória de direitos.”(OSÓRIO, 2009)

A Lei Geral de Telecomunicações, alinhada aos conceitos mais atuais do Direito Administrativo, estabeleceu no Parágrafo Único do art. 175 a possibilidade da adoção de medidas cautelares antes da defesa, ou seja, a imposição de medida acautelatória sem a prévia necessidade do devido processo legal, antecipando a fase da adoção das medidas concretas.

Contudo, na esfera da regulação estatal, esta compreendida em sentido estrito, ou seja, oriunda de atos exarados das atuais Agências Reguladoras Federais, instituídas por força de lei, com características específicas (autonomia administrativa, independência decisória, mandato fixo para seus dirigentes, dentre outros), tal modelo tem se mostrado infrutífero.

Como será apresentado adiante, a mera aplicação de sanções, em maior parte pecuniárias, não tem garantido a correção das condutas reiteradas dos entes regulados, bem como não tem sido capazes de desestimular a conduta nociva dos demais agentes, gerando, por outro giro, uma cultura da impunidade baseada na avaliação dos custos do cometimento da irregularidade, considerando-se a incidência de multa extemporânea, e o custo de correção de suas práticas.

Tal fato não é exclusivo do modelo brasileiro. A doutrina alemã, partindo de conceitos muito semelhantes aos adotados no sistema pátrio, também tem padecido de problemas semelhantes.

O doutrinador alemão Rolf Stober esclarece, ao discorrer sobre a punição da violação de obrigações, que a fiscalização econômica orienta-se, no interesse de um cumprimento eficaz da função, à observância e à imposição das obrigações relativas à adoção, ao exercício e ao termo da atividade. Por isso, a violação das obrigações tem, por via de regra, necessidade de ser punida. A punição tem lugar através de medidas de direito administrativo (recusas e anulações de autorizações) e especialmente através de contraordenações e do direito penal, bem como através de supressão de benefícios e do confisco de objetos. (STOBER, 2012)

Todavia, também ele reconhece ter fracassado o modelo puro de comando e controle e sugere, a partir disso, um modelo de cooperação baseado na autorregulação, senão vejamos.

As obrigações, as ordens e as proibições de direito administrativo econômico, por um lado, são instrumentos aptos, eficientes e idôneos de prevenção do perigo e de proteção de bens jurídicos. A fiscalização econômica, por outro lado, é um corretivo da liberdade do empresário e expressão do princípio do causador. Nesta base, coloca-se a questão de saber se a regulação, assente na imposição coativa de *command and control regulation* (a chamada Administração de Ingerência), não pode e não tem de ser complementada com instrumentos de economia de mercado baseados na autorresponsabilidade empresarial, no sentido de responsabilidade pelos produtos, pelas instalações, pela empresa, pelo pessoal e pelo transporte. Devemos ter aqui em consideração que podem ajudar à aplicação ótima aqueles institutos jurídicos que fomentam o interesse próprio do empresário numa determinada conduta desejada de direito administrativo econômico e que podem desencadear medidas empresariais que vão para além da prevenção do perigo pelo Estado e, assim, do princípio da precaução e da orientação do risco. (STOBER, 2012)

No passado fracassou, em geral, a solução do monopólio estatal da prevenção do perigo e da assistência ao perigo. No entanto, desenha-se aqui nos últimos tempos, uma mudança na filosofia de segurança e na avaliação do risco, como se o Estado não possuísse um monopólio da fiscalização econômica e os bens jurídicos da segurança, saúde, do ambiente e da proteção do consumidor fossem entretanto apreciados sob os pontos de vista da concorrência, dos custos, da qualidade e da publicidade. (STOBER, 2012)

Contra o sistema tradicional da fiscalização econômica argumentou-se que ele estava regulado de forma demasiadamente onerosa, burocrática, rígida e unilateral e que se concentrava em imposições e proibições. O direito de licenciamento seria demasiado pouco orientado aos custos reais, os quais não seriam devidamente tomados em consideração. Esta

Administração econômica marcada pelo direito policial paralisaria o desenvolvimento técnico ('cartel de silêncio dos engenheiros'), cimentaria estruturas industriais (proteção da existência de *standards* técnicos ultrapassados, prazos de transcrição) e deformaria a concorrência. Por isso, foi proposto substituir o oneroso direito administrativo de ordenação por instrumentos por cujo auxílio são corrigidos os efeitos econômicos prejudiciais do processo de mercado e do processo da concorrência. Em primeiro plano estão as imagens diretoras do Estado mínimo, do Estado de ativação e do Estado de garantia, que são orientadas ao fomento da iniciativa privada e à autorregulação em equivalência funcional da orientação de inspiração privada. (STOBER, 2012)

No entanto, “esta mudança de paradigma cria novas regulações e funções de vigilância para o Executivo, porque o Estado tem de dar seguimento à responsabilidade de garantia.” (STOBER, 2012)

A discussão acima trazida chega ao ponto de impasse dos modelos alternativos de conformação da conduta, na medida em que reconhece, no limite, que o Estado tem de dar seguimento à responsabilidade de garantia. Esta compreendida como aquela adequada à garantia dos elementos essenciais da prestação dos serviços. Assim, superadas todas as tentativas de atuação “participativa” do controle, não restará outra medida senão a aplicação de sanções (pecuniárias ou caducidade) como elemento de garantia da prestação do serviço. O referido tema será explorado de forma mais aprofundada adiante.

Um passo além da nova visão defendida pela doutrina alemã, destacamos o modelo, já não tão recente, defendido inicialmente por Ian Ayres e John Braithwaite denominado de regulação responsiva.

Ao contextualizar o momento histórico no qual foi apresentada a tese da Regulação Responsiva os autores reconheceram que havia uma visão comum de que se vivia uma era de desregulamentação. Contudo, defendem, não era isso, de fato, que estava acontecendo. Segundo eles, o que havia era, em verdade, um movimento constante e simultâneo de regulamentação, desregulamentação e re-regulamentação.

Tendo sido a obra publicada em 1993, no auge da influência dos governos de índole liberal nos Estados Unidos e na Inglaterra, ressaltam os autores que mesmo os 8 (oito) anos de

governo com forte compromisso ideológico para a desregulamentação⁷, tal prática não estava ocorrendo na prática. (AYRES; BRAITHWAITE, 1993)

Prosseguem em sua tese defendendo que alguns atores corporativos só vão cumprir a lei se for economicamente racional para eles fazê-lo. A maioria dos atores corporativos vai cumprir a lei na maioria das vezes, simplesmente porque é a lei. Todos os atores corporativos apresentam compromissos contraditórios aos valores à luz de racionalidade econômica, da lei e da responsabilidade empresarial. Os executivos de negócios têm egos de maximização de lucros e eus cumpridores da lei. Em diferentes momentos e em diferentes contextos, os diferentes “eus” prevalecem sobre os demais. (AYRES; BRAITHWAITE, 1993)

Uma estratégia baseada totalmente na persuasão e auto-regulação será eficaz quando os atores são motivados pela racionalidade econômica. Uma estratégia baseada principalmente na punição vai minar a boa vontade dos atores quando eles são motivados por um senso de responsabilidade.

Punição, dizem eles, é caro; persuasão é barato. Uma estratégia baseada principalmente em punição desperdiça recursos sobre litígios que seriam mais bem gastos em monitoramento e persuasão. (AYRES; BRAITHWAITE, 1993)

A fiscalização punitiva engendra um jogo regulamentar de gato e rato no qual empresas desafiam o espírito da lei para explorar suas brechas. O Estado, por sua vez, escreve mais regras e cada vez mais detalhadas, na tentativa de cobrir as lacunas. (AYRES; BRAITHWAITE, 1993)

O jogo da regulação nesse caso deixa a arena do aperfeiçoamento da qualidade e da segurança dos serviços prestados aos cidadãos e passa consumir recursos (tempo e dinheiro) no campo formal, por meio de regulamentos e ações judiciais, sem qualquer vantagem para aqueles que necessitam dos serviços.

Rejeitar a regulação punitiva é ingênuo, mas estar totalmente comprometido com ela pode se mostrar excessivo. “O truque da regulação bem sucedida é estabelecer uma sinergia entre punição e persuasão. A punição somente para situações estratégicas e a persuasão como regra.”(AYRES; BRAITHWAITE, 1993)

⁷ Governo do Presidente norte-americano Ronald Reagan (Mandato: 20/01/1981 a 20/01/1989).

Dessa forma, assim como defendido na doutrina alemã, aqui também se defende uma nova visão que dê ao ente regulado determinados incentivos positivos ou negativos que os façam contribuir para o aprimoramento do controle.

Assim, segundo a tese defendida pelos autores, a forma de se conseguir tal intento seria por meio de uma pirâmide regulatória. Tal instrumento pode ser compreendido como uma representação gráfica das medidas de atuação estatal que seriam impelidas contra o ente regulado, a fim de conformar sua conduta (Figura 2.1).

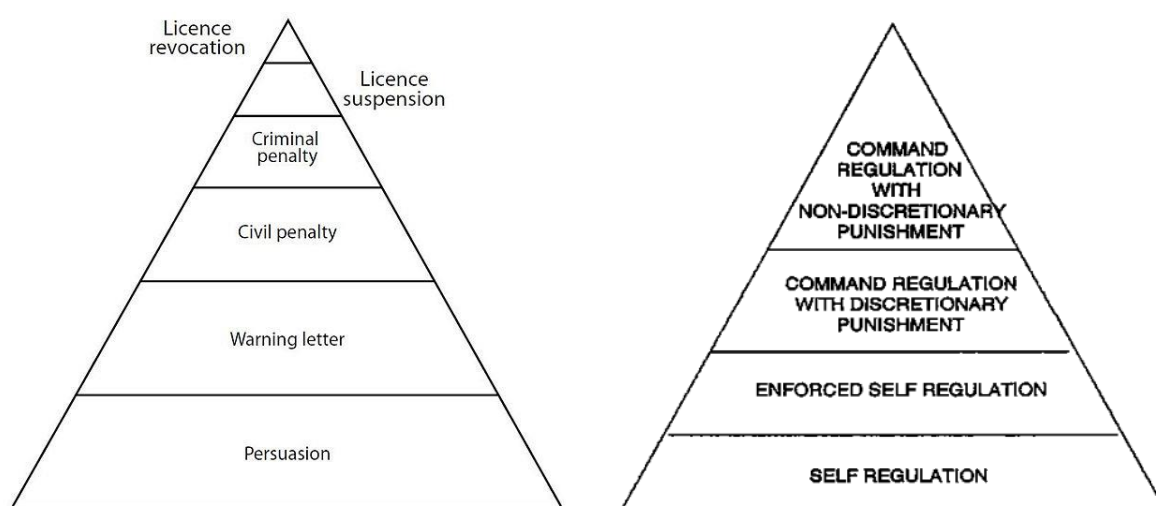


Figura 2.1 – Representação gráfica do modelo responsivo (Fonte: AYRES; BRAITHWAITE, 1993)

Dessa forma, nos níveis mais baixos da pirâmide teríamos transgressões de menor potencial ofensivo (emprestando conceito do direito penal) e, para tais condutas, ações estatais também de natureza mais branda. Contrariamente, no topo da pirâmide teríamos condutas de altíssimo potencial ofensivo e, para tais casos, a utilização de instrumentos estatais também gravosos para fazer frente à infração.

Além disso, na medida em que as condutas da base são cometidas de forma reiteradas, seriam escalados os níveis de forma a induzir o comportamento esperado do ente regulado.

Em tese, portanto, dois incentivos ficariam já previamente destacados, quais sejam: 1) A possibilidade de ocorrência de conduta indevida pelo ente regulado sem qualquer punição pelo Estado (dado a baixa ofensividade); e 2) A possibilidade de se escalar diversos níveis de *enforcement* até a efetiva correção da conduta.

O enfoque, portanto, repousa na criação de ações colaborativas por parte dos entes regulados. A percepção dos reais interesses dos agentes guiará a atuação estatal. Segundo John Braitwaite devem ser consideradas nove iniciativas para a realização da Regulação Responsiva:

1. Considere o contexto. Não imponha uma teoria pré-concebida.
2. Ouça ativamente. Estabeleça um diálogo que:
 - a. Dê voz às partes interessadas.
 - b. Estabeleça resultados acordados e a forma de monitorá-los.
 - c. Crie compromisso ajudando os agentes a encontrarem sua própria motivação para melhorar.
 - d. Comunique o firme propósito de dedicar-se à resolução de um problema até que ele esteja sanado.
3. Demonstre respeito, encarando a resistência como uma oportunidade de aprender como melhorar o desenho regulatório.
4. Estimule a inovação e a melhoria contínua, auxiliando no atingimento de novos patamares de excelência:
 - a. Estimule as inovações.
 - b. Alimente a motivação para melhoria contínua.
 - c. Ajude os líderes a desatar as amarras para alcançar novos patamares de excelência.
5. Sinalize a preferência por alcançar resultados pelo apoio e capacitação para reforçar habilidades.
6. Sinalize, mas não ameace, o rol de sanções até onde você pode escalar, incluída a sanção capital como último recurso.
7. Crie governança em rede da pirâmide envolvendo redes mais amplas de parceiros à medida em que escalar a pirâmide.
8. Extraia responsabilidade ativa (responsabilidade por alcançar resultados melhores no futuro), recorra à responsabilidade passiva (manter agentes responsáveis pelas ações pretéritas) quando a positiva falhar.
9. Aprenda. Avalie quão bem e a que custo os resultados foram alcançados. Divulgue as lições aprendidas. (JESUS, 2015)

A organização de condutas em silos, a observância da conduta específica do ente regulado e a definição de tratamentos correspondentes garantirá sempre uma resposta mais

adequada à infração. Além disso, a escalada da pirâmide permite, também, a definição de um melhor custo-benefício entre a infração e a sanção (ou quase sanção) imposta ao ente regulado.

Na esfera da doutrina pátria já existem posicionamentos sobre a teoria responsiva, senão vejamos.

Alexandre Pinheiro aponta:

“deve, portanto, o regulador, estudar e conhecer o mercado e seus agentes econômicos e aplicar a teoria responsiva conforme cada caso. De maneira geral, é possível dizer que, com grande probabilidade, em todos os mercados há os agentes denominados de profit-maximizers e os movidos pela ‘responsabilidade social’. Diante disso, deve-se rejeitar uma estratégia baseada completamente na persuasão ou totalmente fulcrada na punição.

A primeira não teria o condão de influenciar os atores que pensam unicamente no lucro, e a segunda minaria a vontade de cooperação daqueles que querem cumprir voluntariamente as leis e a regulamentação.

(...)

Na base da pirâmide está a abordagem menos intervencionista, mas negociada, e que pode garantir a conformidade empresarial a uma lei justa. À medida que se sobe na pirâmide, intervenções cada vez mais drásticas na vida dos agentes estão envolvidas.

De acordo com a teoria, por mais grave que possa ser o potencial de infringência às leis, a resposta normal, primária da regulação responsiva é tentar um diálogo antes de tudo, e só substitui esta presunção se existirem razões imperiosas para fazê-lo.

Escalar a pirâmide, como resposta a uma infração, tem como objetivo obter, não a punição em si, mas a reforma do agente regulado por meio da sanção e da reparação. Atingido esse objetivo, deve-se dar marcha à ré e fazer o caminho para baixo da pirâmide, voltando-se à base inicial, de persuasão, de diálogo. A modelagem piramidal deve ser firme e ao

mesmo tempo indulgente: destarte, a reforma deve ser recompensada, assim como a recusa recalcitrante à reforma acabará por ser punida, até mesmo severamente.

Deve-se ter em mente que se trata de um modelo dinâmico. Em outras palavras, não se trata de especificar antecipadamente quais são os tipos de questões que devem ser tratadas na base da pirâmide, que são as mais graves que devem estar no meio e que são as violações mais flagrantes que devem ir para o topo da pirâmide. Não. Mesmo com as mais graves questões como já dito, mesmo no caso de potenciais desrespeitos às obrigações legais para operar uma usina de energia nuclear com segurança, o que coloca em risco potencial milhares de vidas os autores da teoria responsiva afirmam que se deve ficar com a presunção de que é melhor começar com o diálogo na base da pirâmide.” (PINHEIRO, 2017)

Alinhado a esse entendimento, leciona Carlos Ari Sundfeld, ao se posicionar quanto à proposta de regulamentação, em curso na Anatel, com viés responsivo, senão vejamos:

“Parece correto o diagnóstico de ineficácia atribuído ao modelo atual. Impor deveres, fiscalizar seu cumprimento e, ao constatar irregularidades, aplicar sanções gera procedimentos que não têm dado o resultado almejado. O extraordinário volume de multas aplicadas pela ANATEL nos últimos anos, somado à percepção de exagero das medidas, são indícios que sugerem um desacerto desse caminho. A ideia, então, foi claramente a propositura de mecanismo de regulação que substituísse o modelo tradicional. A proposta passaria por adotar uma regulação responsiva.

Chamou-se de responsiva a regulação dotada de maior eficácia, capaz de produzir os efeitos desejados independentemente de aplicação de sanções. Seria, em suma, uma regulação cujas normas fossem cumpridas pelos seus destinatários de modo espontâneo, sem necessidade de uso de um sistema punitivo.

Algumas características são apresentadas como indutoras desse modo mais eficaz de regulação. Estímulos normativos outros, de caráter não-

sancionatório, induziriam o comportamento dos regulados. Nessa linha, regulação mais responsiva seria aquela que, fazendo uso de indução e não de coerção, produziria maior grau de eficácia normativa.

Em síntese: a ANATEL reconheceu a necessidade de mudança em seu estilo de regulação. A fórmula não agrada ao próprio regulador, nem à sociedade, tampouco aos regulados. Foi prometido um regulamento sobre a qualidade dos serviços de telecomunicações inspirados nesse novo paradigma regulatório. Com esses atributos, a regulamentação passaria a ter caráter responsivo. (ANATEL, 2018a)

Parece realmente adequado o entendimento, especialmente a partir das considerações de que as práticas ordinárias de atuação voltadas ao comando e controle, e suas vertentes, se demonstraram frustradas, que novos mecanismos de atuação sejam avaliados e colocados em prática, a fim de se verificar a sua eficiência e eficácia.

3. METODOLOGIA

O presente trabalho se debruçou sobre o problema relativo à ausência de eficácia do modelo de regulação baseado em comando e controle.

Dessa forma, foi estabelecido o objetivo de avaliar os motivos que concorrem para a ineficácia do modelo de regulação baseado em comando e controle e analisar, em tese, os potenciais benefícios e riscos de uma regulação baseada na teoria responsiva (Figura 3.1).

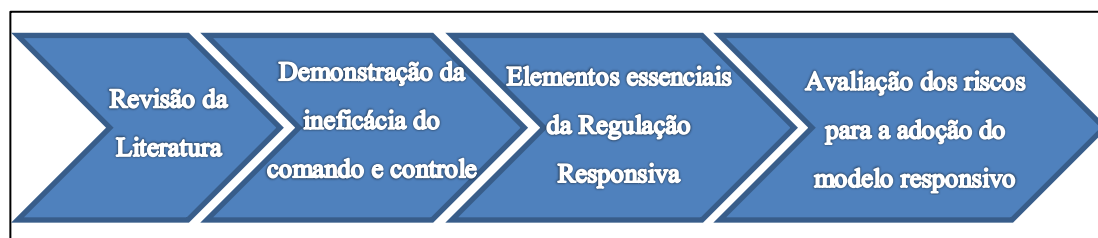


Figura 3.1 – Etapas da abordagem metodológica (Elaborado pelo autor)

Importante destacar que o trabalho será focado na avaliação *ex-ante* da teoria da Regulação Responsiva.

Para alcançar o objetivo foi realizada uma revisão da legislação pátria de forma a identificar os contornos da atuação da Anatel, dentre as quais destacamos a Constituição

Federal de 1988, a Lei n. 9.295/1996 – Lei Mínima, a Lei n. 9.472/1997 – Lei Geral de Telecomunicações, Lei n. 9.784/1999 – Lei do Processo Administrativo, Código de Processo Civil Brasileiro, Lei n. 7.347/1985 – Lei da Ação Civil Pública, dentre outras.

Ato contínuo, foram realizadas pesquisas bibliográficas em livros, artigos e ensaios, com o objetivo de avaliar os institutos jurídicos aplicáveis aos modelos de regulação, conforme segue: a) medidas cautelares, sanções mandamentais, obrigações (de fazer e não fazer), poder de polícia administrativo, termos de ajustamento de conduta, contratos públicos e atos administrativos.

Em seguida foram acrescentadas discussões doutrinárias em relação aos modelos de regulação estatal. Foram descritas as características do modelo baseado em comando e controle e os resultados apontados na literatura pátria e transnacional.

Foi também analisado o modelo teórico da regulação responsiva e apresentadas suas características. Importante destacar que foram apresentados os benefícios teóricos da adoção do modelo e apresentadas as análises da doutrina nacional acerca das expectativas e benefícios esperados com a adoção do modelo responsivo.

Superada a discussão teórica, foram apresentados os resultados obtidos pela Anatel a partir da adoção do modelo de comando e controle. Foram demonstrados o ‘tempo médio’ de duração dos atos administrativos de natureza sancionatória, contados da autuação do ente regulado até a aplicação definitiva da sanção pecuniária. Demonstrou-se, ainda, os volumes totais de multas aplicadas e arrecadadas no período de 10 (dez) anos e o número total de processos administrativos sancionatórios autuados e encerrados no período.

Apresentou-se o quantitativo de ações de fiscalizações, visando demonstrar os recorrentes esforços para a crescente alocação de recursos ante a profusão de obrigações sujeitas à ação de fiscalização.

A partir das ações de fiscalização realizadas pela Anatel foi demonstrado o descasamento de objetivos entre as ações realizadas e os principais motivos de reclamação registrados na central de atendimento dos usuários dos serviços de telecomunicações, mantida pela Anatel.

Foi também trazido à discussão a análise da OCDE quanto à atuação do órgão regulador das telecomunicações do Peru. Os achados estão alinhados com as dificuldades também identificadas na Anatel.

Foram colacionadas as orientações da OCDE elaboradas com o objetivo de garantir uma forma mais ‘inteligente’ de avaliação das obrigações impostas aos entes regulados.

Foi realizada uma avaliação aprofundada das medidas alternativas de regulação já adotadas pela Anatel, especialmente em relação à edição de medidas cautelares e medidas alternativas de regulação (v.g. publicação no site da Anatel do *ranking* das melhores prestadoras de serviços).

Passou-se, então, à análise das propostas de regulamento atualmente em curso na Anatel com viés responsivo (Regulamento de Fiscalização Regulatória e Regulamento Geral de Qualidade) e, a partir deles, serão apresentadas medidas de aprimoramento no modelo teórico visando agregar contribuições para a sua construção.

Por fim, a partir da constatação de que o modelo de comando e controle, atualmente em vigor, não é capaz de conformar o comportamento das empresas reguladas do setor de telecomunicações, e ainda, partindo-se do pressuposto de que o modelo responsivo apresenta características suficientemente adequadas para substituir o atual modelo, serão apresentados os possíveis benefícios e riscos para a implantação do modelo de regulação responsiva.

Entendemos adequada a proposição metodológica, na medida em que não existem experiências concretas no âmbito do setor de telecomunicações que forneça elementos de convicção *ex-post* em relação às hipóteses formuladas. Pretende-se, portanto, relacionar elementos de risco que possam orientar o ente regulador na implementação do modelo responsivo.

4. RESULTADOS

4.1 Deficiências do Modelo de Comando e Controle

Com o objetivo de confirmar os argumentos acima apresentados é importante apontar os dados, as informações que sustentem tais hipóteses.

Inicialmente pode ser aventada a hipótese de que o modelo de comando e controle traria mais agilidade à atuação estatal, uma vez que bastaria a averiguação da inobservância da conduta e a consequente aplicação da respectiva sanção. Contudo, ao se observar, no âmbito da Anatel, o tempo médio de tramitação dos processos, verifica-se que tal hipótese não se confirma (Figura 4.1).

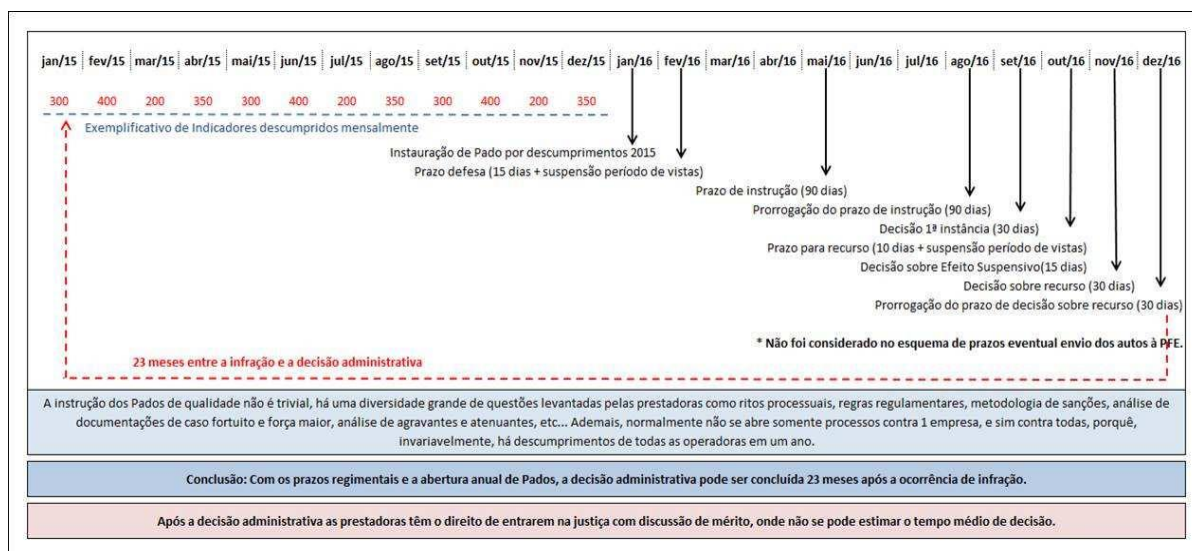


Figura 4.1 – Modelo teórico do tempo mínimo decorrido entre a autuação e a aplicação da sanção pecuniária.
(Fonte: AIR – Anatel – Fiscalização Regulatória)

O quadro acima ilustra de forma adequada a realidade que permeia o trâmite dos processos administrativos de natureza sancionatória. Pode-se verificar que entre a ocorrência da primeira transgressão ao indicador de qualidade (norma que estabelece o padrão de qualidade referente à determinada obrigação) e o julgamento definitivo do processo administrativo que impõe a sanção administrativa ao ente regulado, considerando a observância a todos os prazos procedimentais existentes (sem se considerar eventuais atrasos dado o grande volume de processos) são transcorridos 23 meses. Ou seja, na melhor das hipóteses teremos o transcurso de 2 (dois) anos até que a infração seja convertida em multa.

Superada tal dificuldade, qual seja, constituir definitivamente a multa visando torná-la exigível, deve-se enfrentar outro fato que também impacta diretamente na eficácia da atuação da Agência Reguladora.

Tal fato diz respeito ao baixo índice de arrecadação das multas impostas aos entes regulados. O gráfico abaixo, retirado do Relatório Anual da Anatel referente ao exercício de 2017, deixa claro que o percentual arrecadado frente ao valor total de multas impostas é quase irrisório, senão vejamos.

Excetuado o ano de 2008 onde o valor arrecadado superou o valor de multas constituídas em pouco mais de R\$ 30 milhões, todos os outros anos apresentam uma realidade invertida, qual seja, o valor de multas constituídas supera o valor arrecadado.

Na média total dos anos (2008 a 2017) somente 14% dos valores totais de multas constituídas foram efetivamente arrecadadas (Figura 4.2).

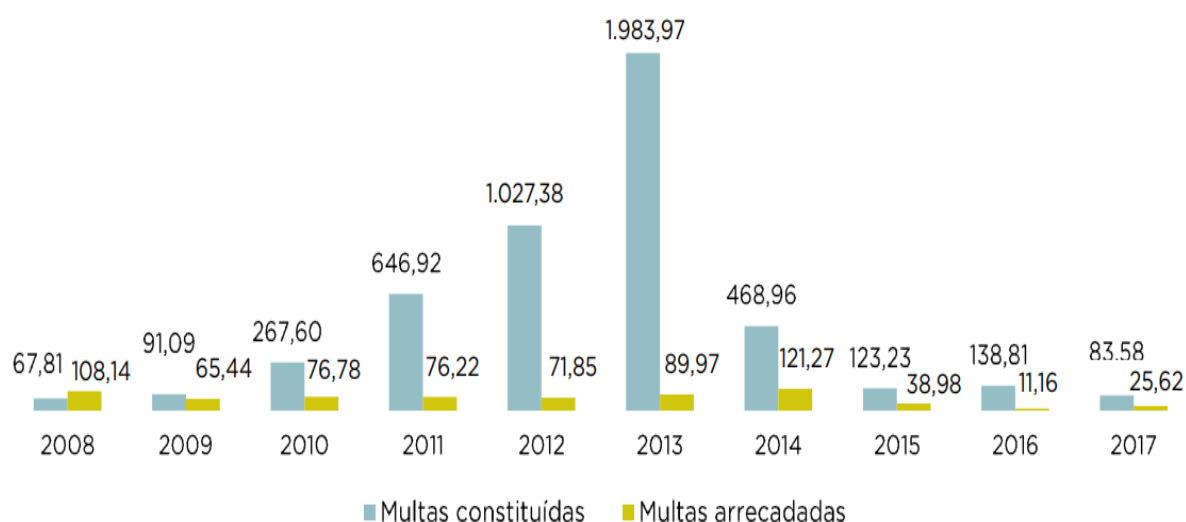


Figura 4.2 – Evolução de multas constituídas X multas arrecadadas-em R\$ milhão. (Fonte: ANATEL, 2017)

As falhas do modelo se repetem, ainda, no quantitativo de processos administrativos de natureza sancionatória que tramitaram na Anatel, pois, conforme se verifica na tabela abaixo, entre até o ano de 2015, a Agência tratou (instaurou, instruiu, julgou e encerrou) mais de 92 mil processos⁸ (Tabela 4.1).

Tabela 4.1 – Evolução do quantitativo de processos instaurados e encerrados por ano. (Fonte: ANATEL, 2015a)

Evolução dos Processos		
Processos	Instaurados	Encerrados
Até 2009	66.959	47.790
2010	3.894	7.288
2011	4.893	8.909
2012	4.055	13.138
2013	4.458	4.148
2014	3.455	4.651
2015	2.388	6.265

⁸ Considerando que a Agência foi instalada em 5/11/1997, foram tratados, em média, 5.111 processos por ano.

Outro elemento caracterizador do modelo de comando e controle diz respeito à necessidade de avaliação contínua das obrigações impostas como forma de garantir a aderência dos agentes às normas estabelecidas.

Segundo Relatório de Fiscalização da Anatel, acumulado até o 4º Trimestre de 2018, foram demandadas 3.366 ações de fiscalização dentre aquelas alinhadas às Diretrizes de Fiscalização aprovadas pelo Conselho Diretor. Desse total, 252 ações estavam vinculadas aos temas “Satisfação, Qualidade e Preço”, e, no momento da extração do Relatório, haviam sido executadas somente 249 ações desse total (Figura 4.3).

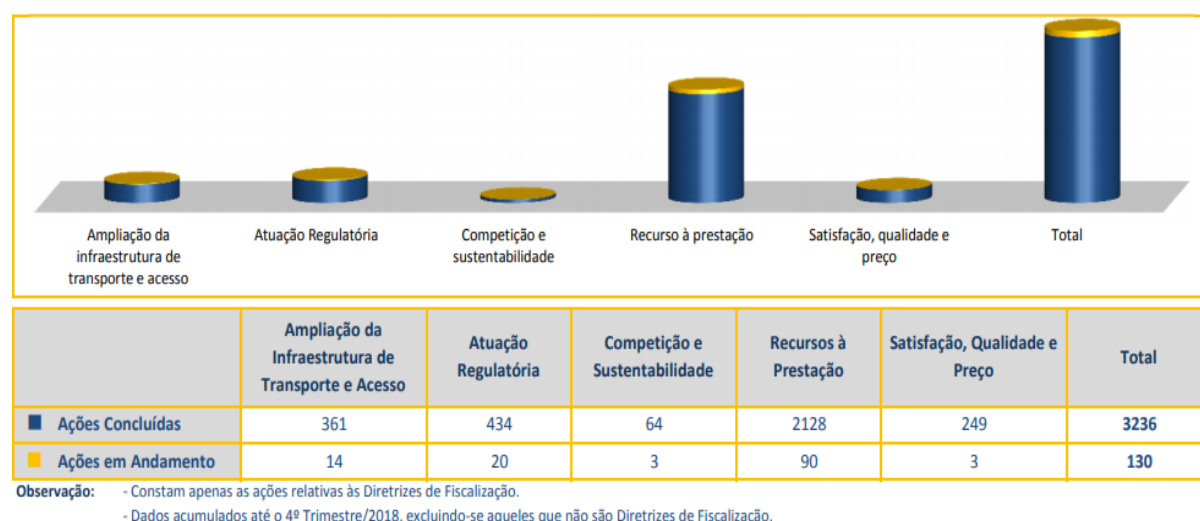


Figura 4.3 – Relatório de ações por diretrizes de fiscalização – acumulado 4º Trimestre de 2018. (Fonte: ANATEL, 2018b)

Por outro lado, o total de ações quando analisadas as ações de fiscalização desvinculadas das Diretrizes do Conselho Diretor, identificamos um total de 1538 ações tributárias previstas para o exercício, sendo que até o momento da expedição do Relatório já haviam sido concluídas 1491 ações (Figura 4.4).

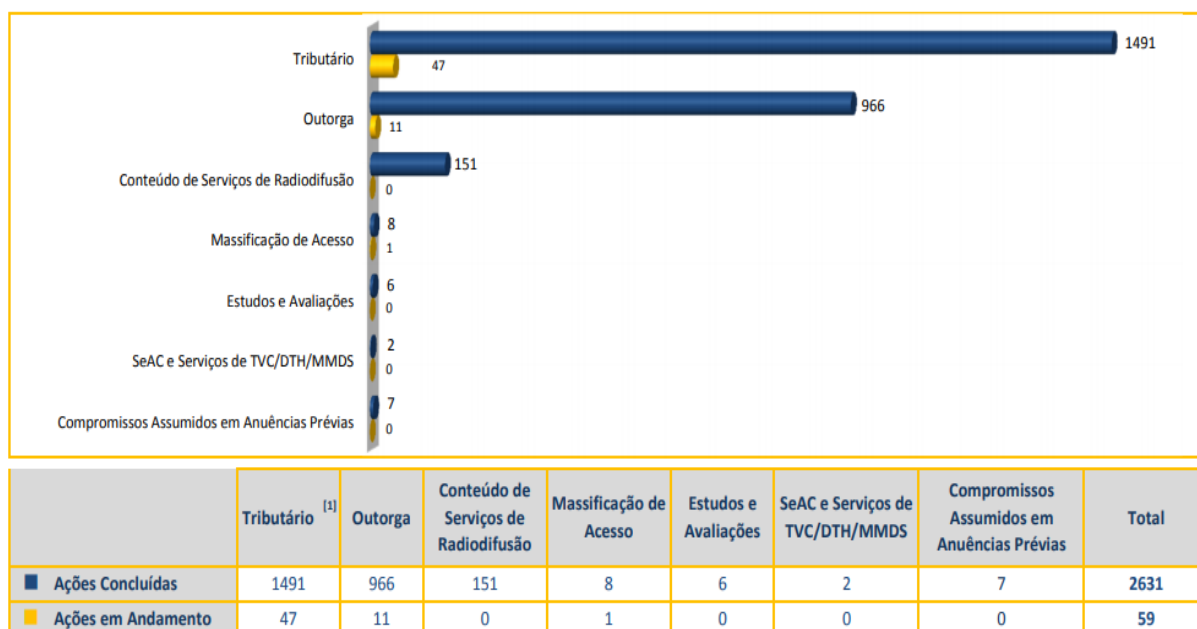


Figura 4.4 – Conclusões das ações por tema de fiscalização – Acumulado 4º Trimestre. Temas não vinculados às diretrizes de fiscalização. (Fonte: ANATEL, 2018b)

Em que pese a atuação forte da Anatel contra as irregularidades perpetradas pelas operadoras, conforme se verifica pelo volume de processos e valores de multas aplicadas, tal fato não tem refletido na melhora da percepção da qualidade pelos consumidores.

No ano de 2018 a Anatel recebeu 2.941.200 reclamações sobre os serviços de telecomunicações (Serviço Fixo, Móvel, Banda larga fixa e TV por assinatura). Apesar de o número total de reclamações descrever uma trajetória descendente ao longo dos últimos anos, uma vez que tem caído acima de 10% a/a⁹, não há dúvidas de que ainda é considerável¹⁰. Ao aprofundar a análise das reclamações, vê-se que 41% delas estava relacionada ao tema “Cobrança/Crédito Pré-Pago” (Figura 4.5).

⁹ A partir de 2016 a quantidade de reclamações registradas na Anatel tem apresentado queda acima de 10% ao ano, conforme Relatório Anual de 2017.

¹⁰ O número de reclamações/ano frente ao total de acessos ativos é menor que 1%.

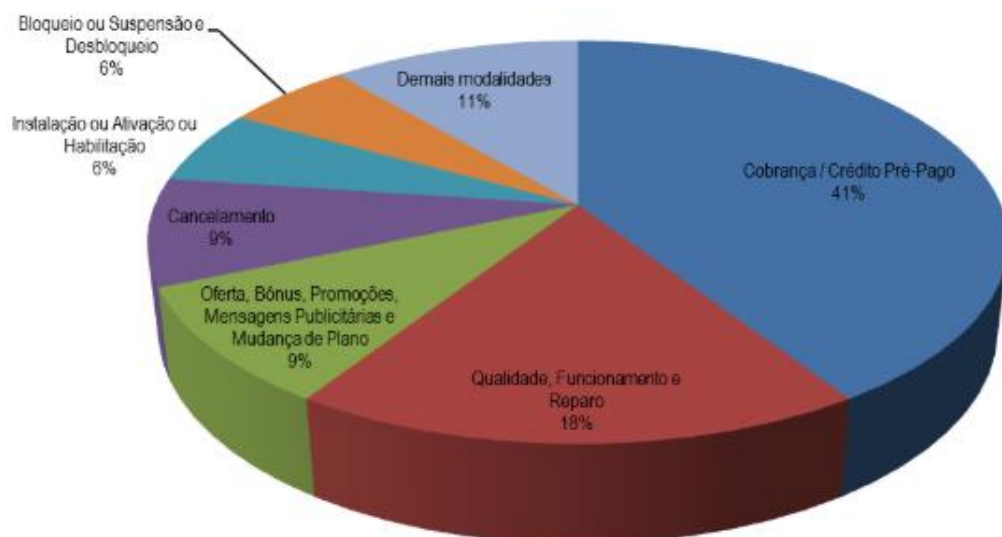


Figura 4.5 – Principais motivos das reclamações em 2018. (Fonte: ANATEL, 2019a)

Contudo, ao avaliar as ações de fiscalização, não é possível observar uma simetria de atuação entre os motivos mais reclamados na Anatel com os temas mais fiscalizados. Isso se deve, em grande parte, à profusão de normas sobre os mais variados aspectos de atuação da Agência que, segundo o modelo de comando e controle, exigem constantes fiscalizações a fim de comprovar a sua aderência às normas.

Este é, sem dúvida, um reflexo da ação extremada do modelo comando e controle, centrado no Poder Estatal. Isso porque, considerando a necessidade de disciplinar um determinado evento, não há, segundo o modelo, outra saída senão expedir uma norma e, a partir dela, realizar fiscalizações periódicas com o objetivo de atestar seu cumprimento. Ademais, cada ação de fiscalização que se depare com uma inconformidade deverá relatar tal fato e, ato contínuo, expedir o regular auto de infração (v.g. a ação do agente de trânsito ao verificar uma infração).

Assim, a miríade de temas subordinados ao escrutínio do regulador acaba se tornando uma armadilha que exige, mais e mais, custos decorrentes das fiscalizações, sob pena de tornar inócua a ‘letra da lei’.

Tal problema não é exclusivo do Brasil, uma vez que modelos semelhantes são objeto de estudo em outros países, a exemplo da já citada obra de Ayres & Braithwaite, que na Austrália, se debruçou sobre o problema.

Na União Europeia, a diretiva que regula o serviço de comunicação eletrônica estabelece a possibilidade de os Estados Membros regulamentarem, no âmbito da legislação interna de cada um deles, a aplicação de sanção ou outra medida coercitiva que garanta a plena garantia dos direitos estabelecidos em contratos. Prevê, ainda, que o consumidor deve ser considerado vulnerável na relação contratual e, portanto, a atuação do Estado deve ser orientada à sua efetiva proteção. (COMUNIDADE EUROPEIA, 2016)

Em estudo recente a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico – OCDE, concluiu relatório de avaliação da autoridade de regulação das telecomunicações do Peru¹¹. A análise permite identificar semelhantes dificuldades com a atual fase da regulação no Brasil, especialmente quanto à oneração constante dos recursos de fiscalização (recursos humanos e materiais) para fazer frente à também crescente ampliação da cobertura dos serviços e, principalmente, a baixa eficácia da atuação do modelo de comando e controle, senão vejamos (tradução livre):

A Gerência de Supervisão e Fiscalização (GSF), que possui uma equipe de profissionais designada para Lima, assim como uma em cada um dos 23 escritórios desconcentrados, realiza as inspeções. Os inspetores são especializados em diferentes áreas - incluindo engenharia, direito e economia - para desenvolver uma abordagem multidisciplinar da inspeção e dos procedimentos administrativos associados à supervisão e fiscalização.

Os planos de supervisão são anuais e estão programados para visitar áreas novas, onde não há uma visita recente ou onde as violações foram enfrentadas no ano anterior. As informações coletadas nas supervisões são transmitidas dos escritórios regionais para o escritório de Lima para análise.

O objetivo da supervisão é o cumprimento e a prevenção, que também é reforçado pelas regras gerais dos procedimentos administrativos. A OSIPTEL trabalha com entidades regulamentadas usando educação ou treinamento para melhorar o desempenho e os contratos e incentivar as

¹¹ Organismo Supervisor de Inversión Privada em Telecomunicaciones – OSIPTEL.

resoluções antes de impor quaisquer sanções. As supervisões são realizadas em três áreas:

Qualidade de serviço: focada principalmente na prestação técnica de serviços de internet fixa e móvel, que precisa atender aos padrões da OSIPTEL. Vários indicadores são medidos usando testes de campo com equipamento especializado. Os indicadores de qualidade de serviço especificados no âmbito dos projetos de PPP associados à Rede Nacional de Backbone de Fibra Óptica e as ofertas de cobertura do espectro também são implementados pelo GSF nesta área.

Direitos dos usuários: foco na proteção ao consumidor no mercado, relacionado a assinaturas e término de serviço, sobretaxas e portabilidade. Além disso, a OSIPTEL supervisiona o Registro de telefones celulares roubados ou perdidos, que foi criado para impedir que esses telefones sejam usados em redes móveis.

Gestão: com foco em garantir que todos os processos sejam gerenciados sistematicamente no GSF, já que os diferentes inspetores verão as supervisões de forma diferente.

Os planos anuais de supervisão variam de acordo com as diferentes áreas. Para qualidade do serviço, eles estão programados para visitar novas áreas, onde não há visita recente ou enfrentaram infrações no ano anterior. As informações coletadas são transmitidas dos escritórios regionais para o escritório de Lima para análise. Para os direitos dos usuários, os planos são organizados de acordo com os regulamentos que regem esta área. Os supervisores são geralmente empregados em nível nacional e os problemas são divididos em recorrentes (para promover a mudança de comportamento coerente dos trabalhadores operativos) e circunstanciais (isto é, aqueles derivados da implementação ou mudanças regulatórias).

O procedimento de sanções inclui um procedimento administrativo prolongado cuja conclusão pode levar mais de dois anos e inclui a abertura de três arquivos individuais. Os registros incluem repetições de

inspeções e contratos de melhoria com a entidade regulada antes de impor sanções. Quando uma sanção é imposta, o regulamento aplicável dá o procedimento e as faixas de sanções de acordo com três níveis: leve, moderado ou grave. A regulamentação aplicável apresenta o procedimento para o cálculo do valor da sanção, que é normalmente de acordo com os princípios econômicos, ou seja, a taxa de retorno ou renda entre a probabilidade de detecção.

A primeira instância administrativa para sanções é gerenciada pela gerência de linha que é responsável pela supervisão e envia uma proposta ao gerente geral. O gerente geral aprova ou modifica a sanção para aumentar ou reduzir a quantia dentro dos limites da legislação aplicável. Recursos em segunda instância são tratados pelo Conselho de Administração, o que acontece na maioria dos casos.

Os recursos provenientes das sanções são enviados integralmente à FITEL, e as decisões são publicadas no site da OSIPTEL como parte do procedimento obrigatório para a divulgação. A OSIPTEL deseja estender esta disposição e publicar todas as decisões para incluir casos em que não há sanções.

Supervisão e fiscalização são atividades que exigem cada vez mais recursos para a OSIPTEL (Tabela 2.14). Um inspetor pode ser insuficiente para algumas áreas, especialmente onde as dificuldades do terreno impedem o acesso e a precisão dos testes. De acordo com a lei peruana, a OSIPTEL não tem permissão para contratar empresas terceirizadas para reduzir o ônus suportado por seus inspetores e advogados.

Em 2017, o governo modificou as regras dos procedimentos administrativos para mudar o foco de atenção da supervisão baseada no desempenho. O objetivo das modificações é melhorar o desempenho dos ministérios e agências do governo e diagnosticar e prevenir comportamentos injustificados. Por exemplo, se uma empresa violou as regras, mas depois se redimiu, antecipando o início dos procedimentos de sanção, a empresa não teve consequências negativas e o procedimento de

sanção foi cancelado. Se a conformidade ocorrer após o início do processo de sanção, um desconto será aplicado ao valor total da multa. Nesse sentido, a supervisão em si não mudou, mas a avaliação e a imposição de sanções foram modificadas. (OECD, 2019)

Os achados da OCDE no ente regulador peruano, apesar de não apresentar o nível de detalhamento suficiente para uma análise mais acurada quanto à sua eficácia, permite afirmar que está alinhado aos próprios preceitos difundidos pelo organismo de cooperação.

A OCDE publicou em 2014 um framework denominado *Regulatory Enforcement and Inspections*. O referido referencial trouxe uma série de orientações quanto à forma de atuação do ente regulador, voltado às melhores práticas internacionais identificadas. (OECD, 2014)

Algum tempo depois, mais especificamente em 2018, foi editado um novo documento, em complemento ao primeiro, contendo orientações práticas para aplicação das orientações anteriores, ou seja, as ferramentas de aplicação. (OECD, 2018)

No referido documento foram elencadas 4 (quatro) questões-chave para garantir que a regulação está alinhada ao conceito de regulação responsiva, a partir do pressuposto de que as medidas de *enforcement* deverão ser moduladas de acordo com o perfil e comportamento de empresas específicas, conforme segue¹²:

1. A legislação aplicável permite respostas diferenciadas baseada em critérios específicos?
2. A gradação das sanções disponíveis permite que a dissuasão da conduta se dê pela escalada de sanções ("leve" o suficiente quando necessário e "forte" o suficiente para sobrepujar os lucros potenciais de não-conformidade)?
3. Há uma distinção clara, mas também eficaz para a articulação entre atividades regulamentares, com foco na promoção de conformidade (usando, quando necessário, poderes de persuasão) e atividades de aplicação da lei com foco no combate ao crime (conduzido pelo as forças policiais, procuradores, etc.)?

¹² Tradução livre

4. As práticas de *enforcement* observam o histórico do ente regulado (empresas grandes x pequenas, empresas recém-criadas x solidificadas, etc), realiza avaliação de riscos e considera a eficácia de diferentes opções? (OECD, 2018)

Grosso modo, a aplicação das premissas acima aponta no sentido de tratar os iguais como iguais e os diferentes como diferentes, devendo ser consideradas todas as características específicas do ente regulado para, a partir de tais informações, se definir a correta estratégia de atuação do Regulador.

5. INICIATIVAS EM CURSO NA ANATEL

Com o objetivo de trazer a discussão teórica para a aplicação prática, citaremos as iniciativas da Anatel voltadas à teoria da regulação responsiva.

5.1. Plano de Melhoria de Qualidade (PMQ)

Conforme descrito no site da Agência, a Anatel, após verificação de decréscimo na qualidade da prestação do serviço de telefonia móvel, em 2012, decidiu suspender a comercialização de novos *chips* para as prestadoras que apresentaram o pior desempenho por Unidade da Federação (UF) e impôs às prestadoras a obrigação de apresentação de um plano nacional de ação com medidas capazes de garantir a melhoria na qualidade do serviço.

O período dos planos apresentados, com duração de 2 (dois) anos, se encerrou em julho de 2014.

Nesse período foram avaliados os indicadores de qualidade de rede nas 27 Unidades da Federação, suas capitais e nos municípios com mais de 300.000 habitantes, além das reclamações dos consumidores e investimentos na expansão da rede.

Como resultado dessa avaliação, a Agência concluiu que houve cumprimento parcial dos compromissos assumidos nos Planos de Melhoria das prestadoras Claro, Oi, TIM, Vivo, Algar (CTBC) e Sercomtel.

Em relação à avaliação dos indicadores de qualidade - acesso e queda das redes de voz e dados - o cumprimento foi de 93,1% pela Claro; 86,1% pela Tim; 83,5% pela Vivo; 78,1% pela Oi; 69,4% pela CTBC e 37,5% pela Sercomtel.

Em relação ao número total de reclamações registradas na Anatel, houve uma redução de 9%. As reclamações relativas às redes registraram decréscimo de 25%. A Tabela 5.1, a seguir, resume os resultados no início e no final do plano, por operadora. (ANATEL, 2018c)

Tabela 5.1 – Número de reclamações na Anatel por 100 mil acessos da telefonia celular.

Reclamações Gerais				Reclamações de Rede		
Empresa	Inicial	Final	Variação	Inicial	Final	Variação
Claro	49,9	39,3	-21%	3,60	2,72	-25%
Oi	64,2	49,6	-23%	3,44	2,63	-24%
Tim	43,9	44,4	1%	6,28	3,71	-41%
Vivo	27,6	35,9	30%	1,80	2,27	26%
Algar/CTBC	27,4	26,9	-2%	0,03	0,03	0%
Sercomtel	6,5	3,8	-43%	-	-	-

Exauridos os efeitos da cautelar, a Anatel expediu novamente outras Cautelares em desfavor das empresas de telefonia móvel, já citadas acima, com o objetivo de realizar o acompanhamento da melhoria dos níveis de qualidade por município e não mais por Código Nacional (CN)¹³.

Os novos Despachos Cautelares foram expedidos em abril de 2015 e determinaram que nenhum município poderia ter, na média trimestral, resultados abaixo de 85% para os indicadores de Acesso às Redes de Voz e de Dados e acima de 5% para os indicadores de Queda de Voz e de Dados, sob pena de as operadoras terem as suas vendas de *chips* novamente suspensas pela Agência nos municípios afetados. Os municípios cujos indicadores eram superiores aos estabelecidos foram denominados “municípios críticos”. (ANATEL, 2015b)

No 1º trimestre de 2015 existiam 1323 (mil trezentos e vinte e três municípios) classificados como “municípios críticos”. A última medição disponível, relativa ao 4º trimestre de 2018, apontou um resultado de 386 municípios classificados como “críticos”. (ANATEL, 2015b)

Verifica-se, portanto, no período, uma redução de 70,8% pontos percentuais em relação ao início do plano. Tal fato, apesar de aplicado num caso concreto, ou seja, com efeitos limitados, demonstra a eficácia da medida. (ANATEL, 2015b)

¹³ Código Nacional: Também conhecidos como código LDN/DDD, são códigos de numeração que organizam municípios em determinados grupamentos para melhor divisão dos recursos de numeração (Ex. 31, 61, 11, 51, 92, etc.)

5.2. Ranking IDA (Naming and Shaming)

No site da Anatel é divulgado mensalmente o *ranking* de reclamações das prestadoras por meio do Índice de Desempenho no Atendimento (IDA).

Para tanto, são consideradas todas as reclamações recebidas no *Call Center* da Agência e, partir de forma de tratamento que é conferido a tais reclamações, o índice é calculado.

São mais bem avaliadas as empresas que obtém resultados positivos em relação aos seguintes critérios: Fator de Reclamação, Fator de Reabertas, Fator de Respondidas em até 5 (cinco) dias e Fator de Respondidas no Período. (ANATEL, 2019b)

Dessa forma, a partir das notas obtidas, é elaborado e divulgado um *ranking* que facilita a identificação, pelos consumidores, das empresas que mais se empenham na resolução dos problemas dos seus usuários.

Quanto maior a nota obtida pela prestadora, melhor sua posição no ranking do IDA. Segue, abaixo, a última publicação do *ranking* do Serviço Móvel Pessoal – SMP. (Figura 5.1)

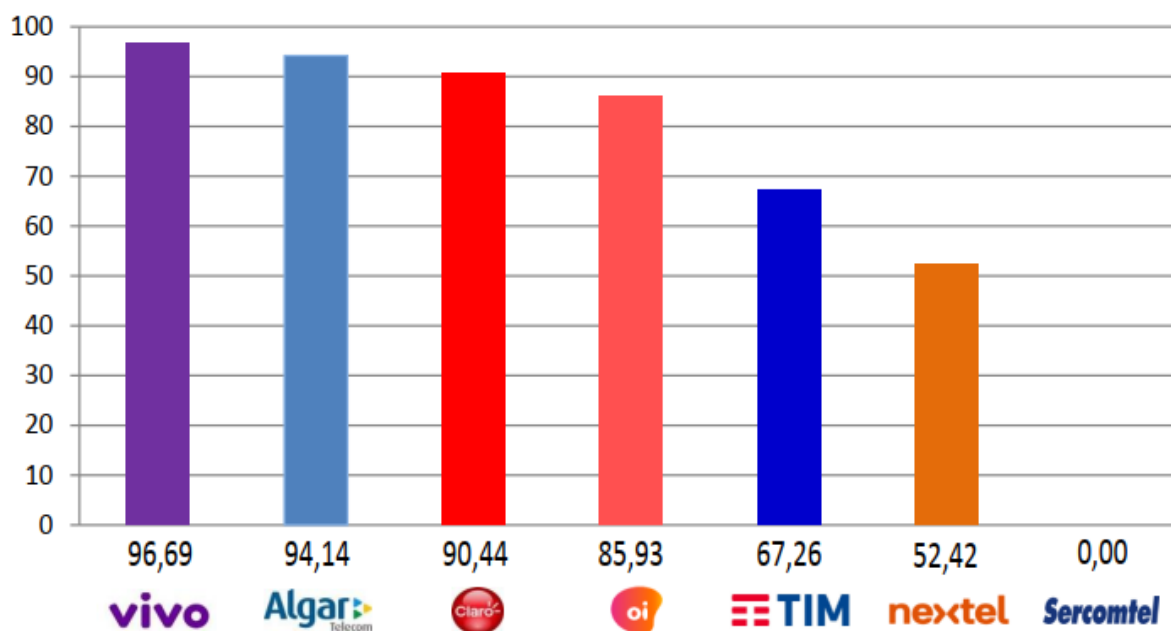


Figura 5.1- *Ranking* do IDA – Pontuação Final. (Fonte: ANATEL, 2019b)

Tal fato demonstra que as operadoras de telecomunicações têm interesse na resolução dos problemas dos usuários quando estes são levados ao conhecimento da Anatel, pois, a partir de tal registro, elas têm conhecimento que seu desempenho será exposto aos seus consumidores.

Por isso mesmo, deve-se destacar que o índice de resolutividade das empresas, após registro da reclamação no *Call Center* é considerado muito alto (média de 90%).

Este mesmo fato pode ser observado, também, no portal Consumidor.gov.br, mantido pela Secretaria Nacional do Consumidor do Ministério da Justiça. Segundo informações extraídas do site Consumidor.gov, o índice de resolutividade das reclamações do setor de telecomunicações registra percentual médio de 88%. Tal fato se deve à publicação, no mencionado site, do *ranking* dos melhores/piores setores e empresas prestadoras de serviços. (SENACON/MJ, 2019)

No presente caso, a exposição das empresas de forma ostensiva aos seus consumidores, inclusive aos seus potenciais consumidores, é um incentivo eficaz para a correção das falhas na prestação do serviço.

5.3.Propostas de Regulamentos

A Anatel realizou estudos sobre o tema e atualmente existem duas propostas de regulamento elaboradas com o viés responsivo, sendo elas a de Fiscalização Regulatória, que tem por objeto racionalizar e conferir maior efetividade às ações de acompanhamento, controle e fiscalização, e a que trata da Qualidade dos Serviços.

Em relação à proposta do Regulamento de Fiscalização Regulatória, merece menção o posicionamento do Conselheiro da Anatel, Aníbal Diniz, relator da matéria.

"Deve, portanto, o regulador, estudar e conhecer o mercado e seus agentes econômicos e aplicar a teoria responsiva conforme cada caso. De maneira geral, é possível dizer que, com grande probabilidade, em todos os mercados há os agentes denominados de *profit-maximizers* e os movidos pela “responsabilidade social”. Diante disso, deve-se rejeitar uma estratégia baseada completamente na persuasão ou totalmente fulcrada na punição. A primeira não teria o condão de influenciar os atores que pensam unicamente no lucro, e a segunda minaria a vontade de cooperação daqueles que querem cumprir voluntariamente as leis e a regulamentação.

(...)

Na base da pirâmide está a abordagem menos intervencionista, mais negociada, e que pode garantir a conformidade empresarial a uma lei justa. À medida que se sobe a pirâmide, intervenções cada vez mais drásticas na vida dos agentes estão envolvidas. De acordo com a teoria, por mais grave que possa ser o potencial de infringência às leis, a resposta normal, primária da

regulação responsiva é tentar um diálogo antes de tudo, e só substituir esta presunção se existirem razões imperiosas para fazê-lo. Escalar a pirâmide, como resposta a uma infração, tem como objetivo obter, não a punição em si, mas a reforma do agente regulado por meio da sanção e da reparação. Atingido esse objetivo, deve-se dar marcha à ré e fazer o caminho para baixo da pirâmide, voltando-se à base inicial, de persuasão, de diálogo. A modelagem piramidal deve ser firme e ao mesmo tempo indulgente: destarte, a reforma deve ser recompensada, assim como a recusa recalcitrante à reforma acabará por ser punida, até mesmo severamente. Deve-se ter em mente que se trata de um modelo dinâmico. Em outras palavras, não se trata de especificar antecipadamente quais são os tipos de questões que devem ser tratadas na base da pirâmide, que são as mais graves que devem estar no meio e que são as violações mais flagrantes que devem ir para o topo da pirâmide. Não. Mesmo com as mais graves questões como já dito, mesmo no caso de potenciais desrespeitos às obrigações legais para operar uma usina de energia nuclear com segurança, o que coloca em risco potencial milhares de vidas os autores da teoria responsiva afirmam que se deve ficar com a presunção de que é melhor começar com o diálogo na base da pirâmide.” (ANATEL, 2018a)

No âmbito deste mesmo processo de regulamentação foi apresentada a proposta do Fluxo do Processo de Fiscalização Regulatória contemplando a fase de regulação responsiva, ou seja, os níveis de atuação estatal, partindo de uma atuação de autocontrole para ações persuasivas de maior potencial. (Figura 5.3.1)

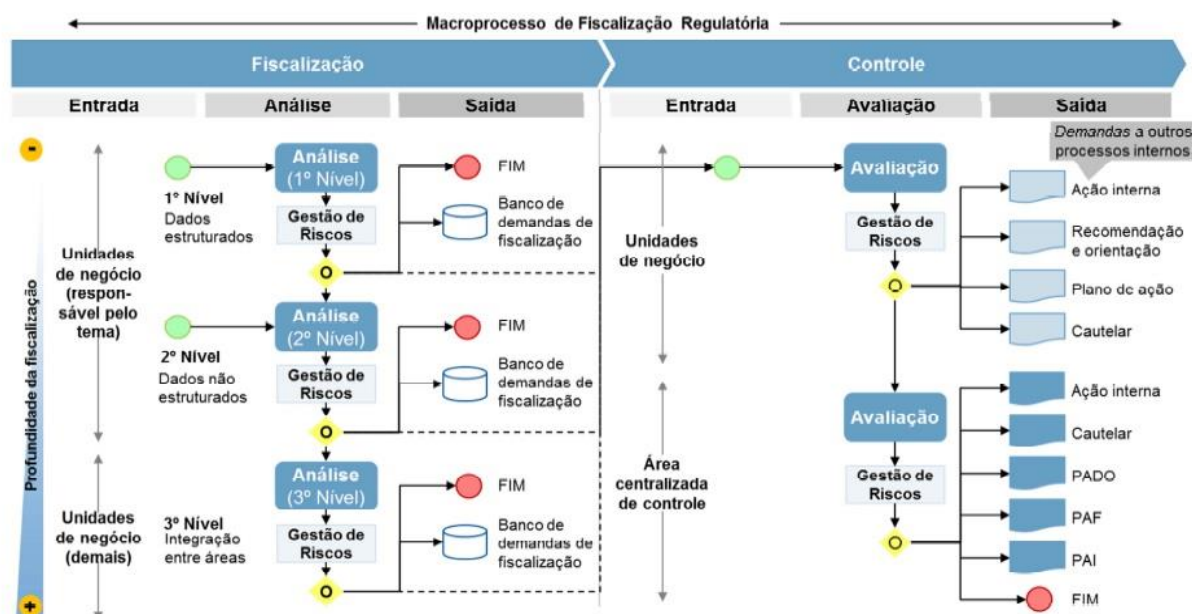


Figura 5.2 – Proposta do fluxo do processo de fiscalização regulatória. (Fonte: ANATEL, 2018d)

Como se vê, a proposta divide a atuação fiscalizatória da Agência em duas vertentes que, apesar de distintas, se interconectam.

Na coluna da esquerda vemos a atuação da ação de fiscalização em si, esta compreendida como a realização de inspeções/apurações/auditorias voltadas à identificação da ocorrência de irregularidades. Temos, portanto, uma gradiente que parte da análise de dados de 1º nível, de menor profundidade, chegando até o 3º nível de apuração, já com um nível de profundidade muito maior.

O produto de tais inspeções alimenta a etapa de controle. Esta, por sua vez, avaliará, a partir de vários critérios, tais como, a gravidade da conduta, a reincidência do agente, a capacidade de correção, os riscos envolvidos, etc., a medida de reação mais adequada ao caso concreto.

No primeiro degrau temos a mera ação interna, sem maiores desdobramentos para o ente regulado, indicando, somente, a necessidade de alteração do nível de monitoramento. A partir do 2º estágio temos a expedição de recomendações e orientações e, a partir daí, se vai escalando os níveis de ‘agressividade’ das medidas passando pela imposição de medidas cautelares, imposição de obrigações de fazer, aplicação de multas e, por fim, na extinção da outorga (caducidade).

Além da proposta do novo regulamento, de caráter geral, orientado aos preceitos da regulação responsiva, quanto à forma de acompanhamento, fiscalização e controle da atuação dos entes regulados, também é importante destacar outra iniciativa da Agência orientada a tais conceitos, sendo ela a proposta do novo regulamento de qualidade dos serviços.

A partir da avaliação dos documentos publicados para a realização da Consulta Pública Anatel nº 29/2017 – Proposta de novo Regulamento de Qualidade dos Serviços de Telecomunicações – RQUAL –, é possível identificar os vieses responsivos sob vários aspectos.

Como exemplo, verifica-se o quadro que trata da proposta de reação do Regulador frente aos potenciais descumprimentos das normas de qualidade (Figura 5.3).

Avaliação do Desempenho Global - UF Anual, baseada no desempenho em municípios + Qualidade Percebida	Avaliação do Desempenho Municípios competitivos ou potencialmente competitivos (1 e 2 - PGMC) Semestral, baseada no IGQ-Município	Avaliação do Desempenho Municípios não competitivos ou pouco competitivos (3 e 4 - PGMC) Semestral, baseada no IGQ-Município
3 Suspensão de vendas nos municípios 1 e 2 da UF associado a um Termo de Compromisso	3 Suspensão da vendas no Município	3 Suspensão da vendas (se há outro ofertante), Suspensão da cobrança (se não há outro ofertante).
2 Compensação em crédito para toda a UF	2 Quebra de cláusulas de fidelidade nos contratos	2 Quebra de cláusulas de fidelidade nos contratos e Compromissos de investimento baseado em estudo de consultoria independente no Município
1 Quebra de cláusulas de fidelidade nos contratos (toda UF) Educação para consumo + Contra propaganda	1 Medidas para regularização Compensação em crédito	1 Medidas para regularização Compensação em crédito
Publicação de Ranking	Publicação de Ranking	Publicação de Resultados
CONDIÇÕES DE CONFORMIDADE: 1) No máximo 10% dos municípios com IGQ-Município abaixo de 70% ou variação positiva de Nota de Qualidade Percebida em relação ao ciclo anterior. 2) No máximo 40% dos municípios com IGQ-Município abaixo de 70%.	CONDIÇÕES DE CONFORMIDADE: 1) IGQ-Município > 70%; 2) IGQRedes e IGQRelacionamento maiores que 50%; 3) Nenhum indicador crítico (x%) * O IGQ município não é composto por Qualidade Percebida	CONDIÇÕES DE CONFORMIDADE: 1) IGQ-Município > 70%; 2) IGQRedes e IGQRelacionamento maiores que 50%; 3) Nenhum indicador crítico (x%) * O IGQ município não é composto por Qualidade Percebida

Figura 5.3 - Quadro exemplificativo da gradação das medidas de reação do regulador frente aos potenciais descumprimentos das obrigações impostas. (ANATEL, 2017b)

Conforme o resultado da Análise de Impacto Regulatório – AIR que sustentou a definição dos parâmetros da proposta de regulamento, foram definidos aspectos objetivos para segregar as empresas reguladas. Dentre os critérios possíveis (tamanho, faturamento, área de atuação, etc) optou-se pela área de atuação x competitividade. Dessa forma, ao desenhar

medidas de *enforcement* a Anatel irá considerar para determinado município, o índice de competição existente e, partir de então traçar as estratégias de reação.

Vemos no quadro acima que, na coluna da esquerda foram agrupadas todas as empresas. Contudo, na coluna central e na coluna direita, foram considerados os municípios, de acordo com o nível de competição de cada um deles.

Das possibilidades de sanção apresentadas, a medida mais branda é a publicação do ranking de qualidade. Ou seja, segue a tese do empoderamento do consumidor e do *Naming and Shaming*¹⁴, possibilitando que os próprios consumidores avaliem de forma objetiva a conduta das empresas e optem pela que melhor se enquadre nas suas necessidades.

Nos demais casos, a depender do nível de competição do município, a Anatel poderia lançar mão das seguintes medidas:

- a) Educação para o consumo.
- b) Contrapropaganda.
- c) Quebra da cláusula de fidelidade dos contratos.
- d) Compensação em créditos.
- e) Compromissos de investimentos.
- f) Suspensão das vendas.
- g) Suspensão da cobrança (nos casos de municípios com pouca ou nenhuma competição)

Se se sobrepuser os modelos de Fiscalização Regulatória com a proposta do Regulamento de Qualidade, fica clara a simbiose de ambos. As medidas apontadas pela proposta do Regulamento de Qualidade estariam todas previstas como etapas da gradiente da proposta de Fiscalização Regulatória.

Ao se estabelecer, por exemplo, que as empresas teriam as cláusulas dos seus contratos de fidelização suspensas/revogadas, estar-se-ia lançando mão de uma medida cautelar ou obrigação de fazer a ser imposta aos regulados.

¹⁴ Condenação moral. Impacto na reputação da empresa.

Por fim, caso todas as medidas apresentadas na proposta do Regulamento de Qualidade falhem, ainda assim, seria possível lançar mão da sanção pecuniária e, no limite, da própria declaração de caducidade da concessão.

Podemos compreender, portanto, que todas as medidas voltadas à iniciativa responsiva encontram respaldo jurídico, na medida em que, consoante discorrido na primeira parte deste trabalho, a legislação pátria já prevê todas as ferramentas possíveis para a internalização das medidas afetas à regulação responsiva (obrigações de fazer e não fazer, medidas cautelares, sanções pecuniárias, termos de ajustamento de conduta, dentre outras possíveis).

A única questão, em tese, discutível, seria a possibilidade de se identificar uma irregularidade administrativa no curso de uma ação de fiscalização *in loco* e o agente público deixar de realizar a autuação, como ordinariamente ocorre.

Contudo, tal fato também pode ser contornado se houve previsão normativa interna, expedida por meio de Resolução da Agência, que estabeleça o rito da ação de fiscalização e defina o momento adequado da lavratura do auto de infração, caso seja necessário.

Assim, no que tange ao arcabouço jurídico, pode-se concluir que a própria Lei Geral de Telecomunicações – Lei 9.472/1997, ao conferir à Agência o poder de expedir normas quanto à regulação dos mercados, quanto à conduta esperada dos entes regulados e quanto à sua própria forma de funcionamento, lhe confere, também, o direito de expedir norma que defina todo o rito procedimental que será seguido para a realização do acompanhamento/controle/fiscalização das empresas.

6. DOS BENEFÍCIOS E RISCOS

Como se verificou no decorrer do presente documento as iniciativas normativas alinhadas à teoria da regulação responsiva são esparsas. Além do mais, em outros setores que também cuidam da regulação de serviços, elas estão num estágio inicial de implementação, razão pela qual não é possível coletar evidências conclusivas quanto à eficácia da sua aplicação.

No setor de telecomunicações, as propostas normativas conduzidas pela Anatel ainda estão em fase de análise para posterior aprovação. Delas também não é possível extrair qualquer resultado que demonstre resultados concretos.

Dessa forma, considerando a limitação do trabalho, serão abordados os benefícios esperados e, em contraponto, os riscos associados ao novo modelo, conforme Tabela 6.1.

Tabela 6.1 – Potenciais riscos e benefícios da adoção do modelo de regulação responsiva. (Fonte: Elaboração própria)

BENEFÍCIOS ESPERADOS	RISCOS
Cria incentivos para a correção dos desvios	Criar incentivos para práticas processuais de postergação.
Redução dos custos operacionais da regulação	Criação de mais instâncias de tramitação dos processos.
Confere tratamento equânime aos regulados	Adoção de medidas casuísticas gerando distorções significativas.
Maior grau de resolutividade das questões regulatórias	Imposição de medidas inadequadas/inúteis.

No que tange aos benefícios esperados com a adoção de práticas responsivas, deixaremos de discorrer no presente momento, uma vez que são eles a essência do próprio modelo e já foram por demasiado expostas neste documento.

Já quanto aos riscos elencados acima, podem ser eles descritos da seguinte forma:

1. Criar incentivos para práticas processuais de postergação: Na medida em que se sabe que haverá um incentivo à resolução do problema pode-se optar por levar tal etapa do processo ao seu limite (*stress*) com o objetivo de ganhar mais tempo até que seja proferida decisão mais gravosa pelo Regulador.
2. Criação de mais instâncias de tramitação dos processos: Ao se prever um ou mais estágios de apuração antes da sanção definitiva pode-se incentivar o regulado a se valer de tais etapas (ex. compromisso de ajuste da conduta) fazendo com que a aplicação da sanção percorra um caminho ainda mais longo.
3. Adoção de medidas casuísticas gerando distorções significativas: Medidas casuísticas geram distorções relevantes no enfrentamento das condutas irregulares. O tratamento não equânime fragiliza a decisão do Regulador proporcionando argumentos plausíveis para o ajuizamento das questões regulatórias impactando na eficácia das ações do regulador. Quanto maior o índice de judicialização, menos eficaz será a decisão estatal.

4. Imposição de medidas inadequadas/inúteis: O processo de regulação responsiva se baseia na individualização do agente e da conduta por ele cometida como forma de aferir a contra resposta do Regulador. Assim, não se pode afastar o risco de que condutas de menor potencial ofensivo (conceito análogo ao contido na Lei nº 9.099/90 – Lei dos Juizados Especiais) gerem, também, medidas dissuasórias de baixo potencial, de forma a transparecer para as partes envolvidas que são inúteis ou, no mínimo, inadequadas.

7. CONCLUSÃO

O presente trabalho teve por objetivo avaliar a abordagem regulatória à luz de boas práticas internacionais buscando trazer eficiência ao processo de acompanhamento e controle da Anatel, aprimorando a resposta estatal e, conseqüentemente, conferindo melhor qualidade na prestação dos serviços de telecomunicações por parte das empresas reguladas.

Dessa forma, foram abordados aspectos afetos ao conceito denominado regulação responsiva, i.e, a definição de critérios individuais para avaliar o atendimento aos regulamentos (atos normativos) a partir de incentivos. Dessa forma, a conduta irregular é individualizada e avaliada a melhor forma de reação a ela, sem exigir, necessariamente a imposição de sanção administrativa.

Inicialmente buscou-se demonstrar que o arcabouço jurídico pátrio já prevê institutos capazes de absorver a teoria regulatória, uma vez que a sua forma de internalização não está presa a amarras pré-definidas.

Também se avaliou importante apresentar o cenário do atual modelo de regulação no setor de telecomunicações, baseado na teoria comando e controle e, como tal modelo tem se mostrado ineficaz frente aos desafios do ambiente regulatório, especialmente quanto à efetivação das garantias e direitos dos usuários dos serviços de telecomunicações.

Nesse mesmo sentido, foi somado à discussão o fato de que outros países estão enfrentando os mesmos desafios e, também, se voltando ao modelo de regulação responsiva. Alinhado a isso, citamos ainda as orientações da OCDE – Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico que apresenta a regulação responsiva, ou melhor, seus preceitos, como adequados à prática da moderna regulação estatal.

Sob tais aspectos, foram identificadas, no âmbito da Anatel, iniciativas de regulação alinhadas ao modelo responsivo. Assim, foram apresentados os resultados afetos à atuação alternativa do modelo de comando e controle em relação às medidas cautelares que suspenderam a comercialização de *chips* do Serviço Móvel Pessoal – SMP e deu início ao acompanhamento de planos de melhorias por parte das operadoras que, consequentemente, levou a uma melhora de alguns indicadores específicos definidos como prioritários pela Agência.

Outrossim, também foi demonstrada a eficácia da prática do modelo *naming and shaming* adotado pela Anatel na divulgação de *rankings* das operadoras que melhor atuam na correção dos problemas causados aos usuários dos seus serviços.

Por fim, em razão de inexistirem resultados efetivos no setor de telecomunicações em relação à aplicação do modelo de regulação responsiva, foram apresentados possíveis benefícios esperados do modelo e, em contrapartida, os possíveis riscos oriundos da sua adoção.

Como base em tais elementos, buscamos demonstrar que o modelo de regulação baseado somente em comando e controle é ineficaz e, dentre as possíveis alternativas de atuação do ente regulador, o modelo responsivo apresenta alternativas que, em tese, podem impactar positivamente na eficácia da atuação do órgão regulador.

O modelo de regulação responsiva, a despeito dos riscos associados, tem o potencial de reduzir os custos da regulação, trazer benefícios aos usuários dos serviços, conferir maior inteligência à atuação do ente regulador e, em última análise, conferir maior eficácia às decisões estatais.

Além disso, o presente trabalho também busca acrescer argumentos à discussão que ora é travada no âmbito da Anatel possibilitando, no limite, um modelo mais adequado e menos suscetível aos riscos identificados.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ANATEL. **Relatório Anual da Anatel 2015**. Brasília: [s.n.]. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=342736&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=342736.pdf>>.

ANATEL. **Fiscalização da Qualidade para os 5.570 municípios do país** Brasília, 2015b. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/dados/controle-de-qualidade/fiscalizacao-municipal-da-telefonia-movel>>

ANATEL. **Relatório Anual da Anatel 2017**. Brasília: [s.n.]. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/Portal/verificaDocumentos/documento.asp?numeroPublicacao=348395&assuntoPublicacao=null&caminhoRel=null&filtro=1&documentoPath=348395.pdf>>.

ANATEL. **Consulta Pública nº 29/2017**. Brasília: [s.n.]. Disponível em: <<https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C2036&Tipo=1&Opcao=finalizadas>>.

ANATEL. **Análise nº 97/2018-GCAD do Conselheiro Aníbal Diniz**. Brasília: [s.n.]. Disponível em: <<https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/ExibeLinks.asp?PostId=C2199>>.

ANATEL. **Relatório de Fiscalização 2018**. Brasília: [s.n.]. Disponível em: <[file:///C:/Users/danielfonseca/Downloads/Infográfico 4 trim 2018 - V.3 - 28.02.2019.pdf](file:///C:/Users/danielfonseca/Downloads/Infográfico%204%20trim%202018%20-%20V.3%20-%2028.02.2019.pdf)>.

ANATEL. **Resultados das medidas concluídas - PMQ**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/dados/controle-de-qualidade/planos-de-melhoria-da-telefonia-movel>>. Acesso em: 18 mar. 2019c.

ANATEL. **Consulta Pública nº 53/2018**. Disponível em: <<https://sistemas.anatel.gov.br/SACP/Contribuicoes/TextoConsulta.asp?CodProcesso=C2199&Tipo=1&Opcao=andamento>>.

ANATEL. **Reclamações por tipo 2018**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/consumidor/reclamacoes-na-anatel2/motivos>>.

ANATEL. **Índice de Desempenho no Atendimento - IDA**. Disponível em: <<http://www.anatel.gov.br/consumidor/desempenho-do-atendimento-ida/dez-2018>>.

AYRES, I.; BRAITHWAITE, J. **Responsive Regulation: Transcending the Deregulation Debate**. New York: Oxford University Press, Inc., 1993. v. 22

CARVALHO FILHO, J. DOS S. **Processo Administrativo Federal. Comentários à Lei nº 9.784, de 29/1/1999**. 4. ed. rev ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

CARVALHO FILHO, J. DOS S. **Manual de Direito Administrativo**. 23. ed. re ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

COMUNIDADE EUROPEIA. **Código Europeu das Comunicações Eletrônicas** Bélgica, 2016. Disponível em: <<https://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:c5ee8d55-7a56-11e6-b076->

01aa75ed71a1.0018.02/DOC_1&format=PDF>

DINAMARCO, C. R. **A instrumentalidade do processo**. 9 ed. rev e atual ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2001.

HERRERA, A. **Introdução ao Estudo da Lei Geral de Telecomunicações do Brasil**. São Paulo: [s.n.].

HIRATA, I. ET AL. **Fiscalização em 3 níveis – aplicanco o conceito de “diferenciação de risco regulatório” na fiscalização de empreendimentos de geração de energia**. In: IX Congresso Brasileiro de Regulação, 2015.

JESUS, C. M. D. E. **Teoria responsiva na regulação pela Anatel sobre o serviço móvel pessoal 4G**. [s.l.] Universidade de Brasília, 2015.

MELLO, C. A. B. DE. **Curso de Direito Administrativo**. 29. ed. re ed. São Paulo: Malheiros, 2012.

OECD. **Regulatory enforcement and inspections** OECD Best Practice Principles for; Regulatory Policy OECD Publishing, , 2014. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1787/9789264208117-en>>

OECD. **OECD Regulatory Enforcement and Inspections Toolkit** Paris OECD Publishing, , 2018. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264303959-en>>

OECD. **Impulsando el desempeño del Organismo Supervisor de la Inversión Privada em Telecomunicaciones de Perú** Paris OECD Publishing, , 2019. Disponível em: <<https://doi.org/10.1787/9789264310612-es>>

OSÓRIO, F. M. **Direito Administrativo Sancionador**. 3. ed. rev ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

PINHEIRO, A. P. **A reversibilidade de bens na concessão de STFC: uma análise crítica à luz da Teoria Responsiva da Regulação**. Brasília: [s.n.].

SENACON/MJ. **Indicadores - Consumidor.gov.br** Brasília, 2019. Disponível em: <<https://www.consumidor.gov.br/pages/indicador/geral/abrir>>

STOBER, R. T. A. F. DE S. **Direito administrativo econômico geral**. São Paulo: Saraiva, 2012.

SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo Ordenador**. 1. ed. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.